

UiO : Det juridiske fakultet

«In dubio pro reo»

- Med hovedvekt på tiltaltes rettssikkerhet i saker om overgrep mot barn

Kandidatnummer: 744

Leveringsfrist: 25.04.13

Antall ord: 17 986



Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING	1
1.1	Tema og problemstilling for avhandlingen	1
1.2	Aktualitet	5
1.3	Avgrensning.....	6
1.4	Metoden og kilder.....	7
1.4.1	EMK.....	8
1.5	Terminologi	10
1.5.1	«In dubio pro reo»	10
1.5.2	Saker om overgrep mot barn	13
2	BEGREPSAVKLARING.....	14
2.1	Bevis, bevismidler og bevistema	14
3	IN DUBIO PRO REO-PRINSIPPETS RETTSLIGE FORANKRING	15
3.1	Høyesterettspraksis	15
3.2	Forarbeider og juridisk teori	16
3.3	EMK og EMDs praksis.....	18
3.3.1	Stiller in dubio pro reo-prinsippet i lys av EMK art. 6 nr. 2 et bestemt beviskrav - krav til bevisets styrke i straffesaker?	18
3.3.2	Det nærmere innhold av beviskravet som følger av EMK art. 6 nr. 2	20
3.4	Foreløpig oppsummering.....	23
4	HENSYNET BAK IN DUBIO PRO REO-PRINSIPPET	23
4.1	Hensynet til å unngå at uskyldige dømmes	23
4.2	Effektivitet – hensynet til at de skyldige blir straffet	24
4.3	Rettssikkerhet	24
4.3.1	Uskyldspresumsjonen – EMK art. 6 nr. 2	25

4.4	”Fair trail”, jfr. EMK art.6 nr 1	26
4.4.1	Rettslig grunnlag	26
4.4.2	Prinsippene	26
4.5	Favor defensionis («til gunst for forsvaret»)	26
4.6	Rettsikkerhet vs. effektivitet	27
5	BEVISKRAV OG BEVISBYRDE I STRAFFESAKER GENERELT	28
5.1	Bevisbyrde	28
5.1.1	Terminologisk	28
5.1.2	Hovedregelen i norsk straffeprosess	29
5.2	Beviskravet- krav til bevisets styrke.....	30
5.2.1	Beviskravet i sivilprosessen	30
5.2.2	Beviskravet i straffeprosessen.....	31
6	NÆRMERE OM INNHOLDET TIL PRINSIPPET OM AT TVILEN SKAL KOMME TILTALTE TIL GODE – KRAV TIL BEVISETS STYRKE(BEVISKRAVET).....	32
6.1	Hensyn bak beviskravet – trenger vi et enhetlig beviskrav i straffesaker?.....	32
6.2	Hva ligger i «rimelig» tvil?	33
6.2.1	Høyesteretts praksis	33
6.2.2	Juridisk teori - omfatter ikke teoretisk tvil	34
6.3	Foreløpig oppsummering.....	35
7	REKKEVIDDEN TIL IN DUBIO PRO REO-PRINSIPPET – GENERELT OM MATERIELLE VILKÅR FOR STRAFF	36
7.1	Anvendelsesområde.....	36
7.2	Er bevisbyrden likt for alle straffbarhetsvilkår?	37
7.3	Er beviskravet – krav til bevisets styrke - likt for alle straffbarhetsvilkår?.....	38
7.3.2	Gradering av beviskravet for noen sakstyper i praksis? Høyere grad av beviskrav ved alvorlige forbrytelser enn ved små forseelser	42

8	REKKEVIDDEN TIL IN DUBIO PRO REO-RPINSIPPET VED USKYLDSPRESUMSJONEN.....	43
8.1	Innledning	43
8.2	De lege lata	43
8.3	Gråsonen mellom beviskravet ”tilnærmet sikker” og ”klar sannsynlighetsovervekt” – når blir tvilen frifinnende?	45
8.4	Kan man utlede noen felles momenter av Høyesterettspraksis om anvendelsen av «rimelig tvil»?.....	48
8.5	Kan man utlede noen felles momenter av underrettspraksis om anvendelsen av «rimelig tvil»?.....	51
8.6	Kort oppsummert	53
9	FEILKILDER VED VITNEBEVISET.....	54
9.1	Vitnepsykologisk forskning.....	54
9.1.1	Barns forklaringer	54
9.1.2	Falske minner og feil hukommelse	54
9.1.3	Falsk forklaring	55
9.1.4	Troverdighet og pålitelighet.....	55
9.1.1	Kort om tekniske bevis og forholdet til vitneforklaringer	56
9.2	Troverdighetsvurderinger mellom fornærmede og siktede – hvem snakker sant?....	56
10	PRINSIPIELLE UTTALELSER OM BEVISVURDERING OG BEVISTEORETISKE MODELLER.....	57
10.1	Kort om bevisvurderingen generelt	57
10.2	Sikkerhetsgraden til bevisvurderingen.	57
10.2.1	Bør det innføres et felles metode for bevisvurdering?	59
11	EMPIRISK FORSKNING OG TALL FRA DET PRAKTISKE LIV.....	61

11.1	Er det grunn til å tro at tiltalte i saker om overgrep mot barn blir dømt tross det ikke er tilstrekkelig bevis? Blir in dubio pro reo-prinsippet anvendt for strengt i praksis?	61
11.2	Gjenåpnede saker fra kommisjonen for gjenåpning av straffesaker.	62
11.2.1	Alle straffesaker	62
11.2.2	Fellestrekk hos fornærmede ved de gjenåpnede saker- fornærmedes personlige problemer.	63
12	DE LEGE FERENDA - ENDRINGSFORSLAG	63
12.1	Lovgiver strategier - unngå bevisproblemer i straffesaker	63
12.2	Større bevissthet til feilkilder ved vitneforklaringer.	65
12.3	Bedre skoling av jurister vedrørende bevisvurdering	66
12.4	Alternativ konfliktløsning – konfliktråd	66
12.5	Retningslinjer ved bevisvurderingen	66
12.6	Bør rimelig tvil komme tiltalte til gode i større omfang i saker om overgrep mot barn?	67
13	AVSLUTTENDE BEMERKNINGER	68
14	LITTERATURLISTE	71

1 Innledning

1.1 Tema og problemstilling for avhandlingen

I en nylig incestsak fra Borgarting lagmannsrett, like før nyttår hadde fagdommere enstemmig tilsidesatt juryens kjennelse, da de mente faren utvilsomt var skyldig i et overgrep mot sin datter.¹ Dette til tross for at juryen hadde besvart samtlige spørsmål med nei.² En måned etter tilsidesettelsen, kontaktet fornærmedes bistandsadvokat, den domfeltes forsvarer og informerte om at fornærmede hadde avgitt en falsk forklaring om incestanklagene. Dette etter at far til fornærmede var blitt dømt til 6 års fengsel for incestforholdet i tingretten.³ Den 18. januar 2013 avsier lagmannsretten en frifinnelsesdom.⁴

Hvordan kunne dette skje? Hvordan kunne fagdommerne være så sikre på at mannen utvilsomt var skyldig tross at minst fire av juryens medlemmer hadde svart nei på samtlige spørsmål? Skal ikke prinsippet om in dubio pro reo «i tvil for tiltalte» gjøre at rimelig tvil kommer tiltalte til gode? Og hvordan kunne en datter som vitterlig hadde løyet om incest forholdet fremstå som troverdig både i tingretten og i lagmannsretten?

Tema for oppgaven er prinsippet om in dubio pro reo med hovedvekt på tiltaltes rettssikkerhet i saker om overgrep mot barn. Oppgaven berører områder innen strafferett, straffeprosess og rettsteori.⁵ Innen rettsteori skal oppgaven også berøre på bevisteoretiske problemstillinger.⁶

¹ Se LB-2012-53450. Se også Melgård og Hanssen (2012).

² LB-2012-53450

³ TOSLO-2011-176631, datert 25.01.12

⁴ LB-2012-53450, se slutningen.

⁵ Rettsteori omfatter blant annet bevisteori, juridisk metode, rettsfilosofi og politisk teori. Se forskergruppe for rettsteori ved Universitet i Bergen (2013).

⁶ Bevisteori er ellers et tverrfaglig felt, se Kolflaath(2009) s.508 og Bergsholm(2010) s.222

Hovedproblemstillingen i oppgaven er hvordan vi kan sikre at prinsippet *in dubio pro reo*-prinsippet lever opp til i saker om overgrep mot barn, der hvor det ikke foreligger avgjørende tekniske bevis. Er det grunn til å vurdere prinsippet om at tvil skal komme tiltalte til gode annerledes i saker om overgrep mot barn, og særlig incest saker?

Oppgaven vil redegjøre for prinsippets forankring i norsk og internasjonal rett. Jeg vil problematisere *in dubio pro reo*-prinsippet i lys av bevisbyrdereglene, samt beviskravet i straffesaker generelt og i saker om overgrep mot barn spesielt.⁷ En nærmere drøftelse av prinsippets innhold og rekkevidde vil også stå sentralt. Også hensynene bak *in dubio pro reo*-prinsippet vil bli kort berørt. Dessuten vil jeg spørre: Kan man ellers utlede et beviskrav i lys av EMK art. 6 nr. 2 i straffesaker og hva går det nærmere beviskravet ut på?

Under hvilke omstendigheter fører tvilen til frifinnelse i saker om overgrep mot barn? En mulig innfallsvinkel er å studere tvilstilfeller i saker om overgrep mot barn i de tilfeller hvor tiltalte blir frifunnet for det straffbare forholdet, men likevel dømt til å betale oppreisning til fornærmede. Kan man utlede noen momenter av rettspraksis, og særlig underrettspraksis om hvilke tilfeller som kan føre til at rimelig tvil er oppfylt og dermed føre til frifinnelse?

Feilkilder ved vitneforklaringer vil bli berørt, og et spørsmål om slike feilkilder er nok til at det foreligger rimelig tvil i disse saker, vil også bli forsøkt besvart.

Noen prinsipielle uttalelser om bevisvurderingen generelt vil bli omtalt. Jeg vil problematisere om retningslinjer til bevisvurderingen kan være med å forsterke rettssikkerheten og om *in dubio pro reo*-prinsippet kommer bedre til anvendelse ved at man prøver å angi et vurderingsmønster som bør følges når man skal avgjøre om bevisene er tilstrekkelig for domfellelse. Bevisvurderingen er først og fremst en psykologisk prosess, og målet er å avgjøre om

⁷ Om behandlingen av *in dubio pro reo* samlet for bevisbyrdereglene og beviskravet, vises til pkt 1.5.1

det strafferettslige beviskravet er oppfylt.⁸I den forbindelse vil jeg spørre om bevisteoretiske modeller gjennom retningslinjer til bevisvurdering kan være en realitet ved saker om overgrep mot barn.

En sontring mellom bevisvurdering og rettsanvendelse er naturlig og nødvendig i denne sammenheng. Ifølge rettspraksis og juridisk teori kommer prinsippet om in dubio pro reo-prinsippet til anvendelse ved den faktiske siden i bevisvurderingen, og gjelder ikke ved rettsanvendelse.⁹En definisjon og en sontring av disse begreper vil fortløpende bli forklart nedenfor.¹⁰

Sedelighetssaker, og særlig saker om overgrep mot barn, skiller seg fra andre straffesaker ved bevisbildet og bevisvurderingen. Disse sakene har en rekke bevismessige sider som man ikke finner i andre straffesaker.

Det første skillet i slike saker, er bevissituasjonen. Det foreligger sjeldent noen avgjørende tekniske bevis. Dette gjelder særlig saker om overgrep mot barn. Ofte er handlingene begått langt tilbake i tid, og det er vanskelig å spore noen biologiske funn eller tekniske bevis. Biologisk materiell som finnes kan også være svært usikre på grunn av tiden som er gått.

Det andre skillet er troverdighetsvurderinger og vitneforklaringer. Som regel ender disse sakene med påstand mot påstand; siktedes forklaring mot fornærmedes forklaring i mangel av avgjørende tekniske bevis. Her vil troverdighetsbetraktninger oftere enn i andre straffesaker, være utslagsgivende for bevisvurderingen. Troverdighetsvurderinger og vitneforkla-

⁸ Se Strandbakken (2003) s. 238

⁹ Se Rt. 1984 s.91 og Rt. 1963 s.449(s.449). For juridisk teori, se Eskeland(2005) s. 506-507, „Strandbakken (2003) s. 592-595, Slettan & Øie (1997) s. 72, Johnsen(1987) s. 193, Bratholm (1980) s. 97, Eckhoff(1943) s. 9. Se Høgberg(2007) s.20-36 som argumenterer i motsatt retning for at rettsanvendelsestil også skal komme tiltalte til gode.

¹⁰ Se pkt. 1.5.2 under terminologi.

ringer vil være en sentral del av avhandlingen, da det avgrenses mot avgjørende tekniske bevis.

Det tredje skillet er at det ofte avgis vitneforklaring fra små barn, noe som ellers sjelden forekommer i straffesaker.¹¹

Et fjerde særpreg ved saker om overgrep mot barn er den omstridte rettspolitiske debatten på området. På den ene siden er det en gruppe tilhengere som argumenterer for at det stilles for få krav til bevis i disse sakene, slik at antall uriktige domfellelser har økt. Mens det på den andre siden er en gruppe tilhengere som argumenterer motsatt, nemlig at det stilles for strenge krav til bevis, slik at mange skyldige går fri.

Derfor er det en god grunn til å skille disse typer saker fra andre straffesaker, og særlig undersøke in dubio pro reo-prinsippet på domsstadiet i disse saker.¹²

In dubio pro reo er et gammelt prinsipp som har sitt utspring fra romerretten. Prinsippet fikk derimot et fotfeste og klar utvikling fra slutten av 1100-tallet hvor det ble ansett for være en av flere bevisregler i et system med legale bevisregler.¹³ Særlig etter vedtakelsen av straffeprosessloven av 1887 fikk prinsippet en markant rolle i lys av påtalemyndighetens bevisbyrdereregler.¹⁴ Man forlot inkvisisjonstiden og startet en ny epoke med større fokus på uskyldspresumsjon og at tvilen skal komme tiltalte til gode. Når dagens straffeprosesslov ble vedtatt i 1981, anså man prinsippet var sikker sedvanerett som ikke trengtes å bli nevnt i lov.

¹¹ Her er det spesielle regler om dommeravhør av små barn, gjennomføringen, bevisets verdi og vurderingen under hovedforhandlingen. Pga oppgavens rammer, avgrenser jeg meg fra disse spørsmål.

¹² Hennum(1999)s.1 for lignende skille.

¹³ Strandbakken(2003) s.86-87

¹⁴ Strandbakken(2003) s.125

Prinsippet om fri bevisvurdering¹⁵ er et grunnleggende prinsipp i norsk straffeprosess.¹⁶ Det er en av hoved-søylene i bevisretten.¹⁷ Prinsippet gjelder både i sivilprosess¹⁸ og i straffeprosess. En dommer er for øvrig overlatt til sitt juridiske skjønn¹⁹ når han skal foreta bevisvurderingen ved den enkelte sak.

1.2 Aktualitet

Prinsippet om *in dubio pro reo* er stadig blitt viet oppmerksomhet i EMDs praksis de siste årene.²⁰

Saker om overgrep mot barn, er også blitt viet oppmerksomhet i media de siste årene. De nyeste sakene vi har hatt i media er Ordfører-saken i Vågå²¹ samt incestsaken før jul 2012²². Det har ellers vært en del artikler om incestsaker og gjenåpning av slike saker de siste årene.²³

Bratholm hevder at temaet bevisvil er viktigste rettssikkerhetsspørsmål i norsk rett, og særlig innen straffeprosess²⁴. De største problemene i realiteten knytter seg til å fastslå i

¹⁵ Bevisvurdering eller bevisbedømmelse er to begreper som blir brukt om hverandre, se. HR-2013-576-A avsnitt20 og Hov(2010) s.749.Dette følger også av lov om rettergangsmåten i straffesaker, datert 22.05.1981 –(heretter kalt strpl.)§40(5) og lov om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven) – datert 17.06 2005(heretter kalt tvl.)§21-2(1).Av praktiske årsaker, og av hensyn til ensartet terminologi, velger jeg å legge til grunn begrepet bevisvurdering under avhandlingen.

¹⁶ Jfr. f.eks.HR-2013-576-A avsnitt20

¹⁷ Kolflaath(2013) s.14

¹⁸ Jfr. tvl.§21-2 (1)om bevisvurdering.

¹⁹ Begrepet «juridisk skjønn» om dommerens bevisvurdering er også blitt brukt av andre juridiske forfattere, se f.eks. Kolflaath(2011) s.161

²⁰ Se *Geerings mot Nederland*(EMD-plenum)med videre henvisninger

²¹ TSGUD-2012-57506-5–rettssaken ble holdt høsten 2012

²² LB-2012-57506-5

²³ Se feks. Lecomte(2007)

²⁴ Bratholm(2004) s.39

retten hva som er faktum, herunder om det er så vidt mye tvil at den skal komme tiltalte til gode. Dette er ikke alltid like åpenbart i de ulike straffesaker.

Gjennom jusstudiet lærer studenter ganske lite om bevisvurdering og hvordan man vurderer og legger fakta til grunn²⁵. Jusstudentene lærer i hovedsak om rettsanvendelse; altså tolkning og subsumsjon av rettsregler, men ganske lite om hvordan de faktiske sider vurderes.

Lagmann og høyesterettsadvokaten Trygve lange-Nielsen rapporterer at det i perioden fra 1995 til (1 juli) 2007 var 28 incest- og misbrukssaker som ble gjenåpnet.²⁶ 30 personer blant disse sakene ble senere frikjent.²⁷

Tall fra gjenåpningskommisjonen viser at i perioden 2004-2012 ble det gjenåpnet 23 seksualforbrytelsessaker(herunder overgrep mot barn). I samme periode ble det sendt inn 263 begjæring om gjenåpning av slike saker. Som regel ender de gjenåpnede sakene med frifinnelse i form av kontorforretning. Her kan man spørre om et fellestrekk ved disse saker er at det ikke var tilstrekkelig bevis for domfellelse på domstidspunktet, og om rimelig tvil ikke kom tiltalte til gode likevel slik den skulle ha gjort etter in dubio pro reo-prinsippet.

1.3 Avgrensning

Generelle drøftelser rundt tekniske bevis faller naturlig utenfor rekkevidden av oppgave, da hovedvekten vil legges på de tilfeller hvor det ikke foreligger avgjørende tekniske bevis, og det avgjørende beviset er vitneforklaringer fra begge parter. Regler om dommeravhør av barn vil ikke bli behandlet. Det samme gjelder regler knyttet til sakkyndige erklæringer som støtter begge parter.

²⁵Se Kolflaath(2013) s.13, Bratholm og Eskeland(2008) s. 223-224 og Johnsen(1987) s.205 for situasjonen til norske studenter. Situasjonen er tydeligvis tilsvarende for danske jusstudenter, se Eyben(1985) s.11 og Zahle(1994) s.13

²⁶ Lange-Nielsen(2008)s.226

²⁷ Lange-Nielsen(2008)s.226

Jeg avgrenser også mot bevisbyrde og beviskrav for henholdsvis reaksjonsfastsettelsen i straffesaker, og prosessuelle spørsmål. I det vesentlige vil bevisbyrde og beviskrav reglene bli behandlet for materielle spørsmål.

Jeg vil også avgrense meg mot foreldelsesregler i straffesaker, herunder om overgrep mot barn.

I denne oppgaven diskuteres det ikke på barnets rettigheter i møte med påtalemyndigheten og domstolene etter at de er blitt utsatt for et overgrep. Hovedvekten vil ligge på tiltaltes rettssikkerhet og rettsvern i de saker hvor han står tiltalt for seksuelle overgrep mot barn, da det er en av de mest alvorligste anklagene man kan få rettet mot sin integritet. Det som står i sentrum er derfor tiltaltes rettssikkerhet og spørsmålet om rimelig tvil vedrørende hans uskyld.

Sivilrettslige problemstillinger er utenfor rammen av oppgaven, men paralleller til sivilprosessen vil bli vist til for å belyse sammenhengen i straffeprosess.

1.4 Metoden og kilder

Avhandlingen bygger på den rettsdogmatiske metode. Her er det en rikholdig Høyesterettspraksis om bevisbyrdereglene og beviskravet i straffesaker som vil bli trukket inn. Verdien av Høyesterettspraksis finner man først og fremst under anke vedrørende spørsmål om lov-anvendelse, eller saksbehandlingsfeil²⁸ hvor det hevdes feil under bevisbyrdereglene eller beviskravet.²⁹

Den frie bevisvurderingen er stort sett skjønnsmessig, og gir rom for rettspolitiske vurderinger. Nødvendigheten og behovet for reelle hensyn under avhandlingen øker betraktelig,

²⁹ Se blant annet Strandbakken(2003) s.39-40 for tilsvarende metode bruk.

særlig når det ikke er så mye Høyesterettspraksis ³⁰, eller praktisk forskning om in dubio pro reo-prinsippet ved bevisvurderingen. Ved de lege ferenda vurderinger, vil tiltaltes rettsikkerhet, samt andre straffeprosessuelle grunnprinsipper være et sentralt hensyn.

Underrettspraksis vil også bli brukt som materiale for å illustrere de momenter som brukes for å anvende in dubio pro reo-prinsippet under bevisvurderingen i praksis. Her vil lagmannsrettsavgjørelser, som vanligvis ikke tillegges noen vesentlig rettskildemessig vekt, tilleggs en viss vekt med tanke på at bevisvurderingen under skyldspørsmålet i realiteten avgjøres hos lagmannsretten som siste instans. Også underrettspraksis fra tingrettene, vil ha noe betydning i henhold til hvordan dette nærmere er formulert i praksis.

Vedrørende bruk av utenlandske kilder, er det av praktiske årsaker avgrenset til et utvalg av nordiske land; som Sverige og Danmark. Utenlandske kilder er først og fremst ment brukt som illustrasjon for samme eller motsatt argumentasjon sammenlignet med nasjonale kilder.

Tolkningsmetoden hos EMK er ellers basert på andre prinsipper enn intern norsk rett. To særpreg er viktig å nevne. Formålsbetraktninger står særlig sentralt i EMK, samt den dynamiske rettsutviklingen til praksis fra den europeiske menneskerettsdomstolen (EMD) i lys av EMK. EMD følger en dynamisk fortolkningsstil som til enhver tid skal samsvare med EMK's formålsbetraktninger. EMDs tolkningsstil er også konsekvent og harmonisk.

1.4.1 EMK

Førstvoterende i storkammeravgjørelsen i Rt. 2008 s. 1409 oppsummerer den rettslige stillingen til EMK etter norske regler med følgende ord:

«Menneskerettsloven gjør EMK og SP til norsk rett. Etter lovens § 3 skal bestemmelsene i konvensjonene "ved motstrid gå foran bestemmelser i annen lovgivning". Bak bestemmel-

³⁰ Da Høyesterett er avskåret fra å prøve bevisvurderingen under skyldspørsmålet. Jfr. Strpl.§306(2)

sen ligger det en klar lovgivervilje om å styrke menneskerettighetene i norsk rett. De grunnleggende tolkningsprinsipper for anvendelse av forrangsbestemmelsen i § 3 er trukket opp i plenumsavgjørelsene i Rt. 2000 side 996, Rt. 2002 side 557 og Rt. 2003 side 359...»(avsnitt74)

Under avhandlingen vil det bli vist til en rekke EMD dommer, samtidig vil en foreta noen EMK rettslige drøftelser i lys av rettsutviklingen på området.

1.4.1.1 Hvordan EMK tolkes av EMD

Den naturlige språklige forståelsen av ordlyden på opprinnelsestiden, er utgangspunktet for all teksttolkning.³¹ For EMKs vegne, følger dette av uskrevne prinsipper, som senere er blitt kodifisert i Wien konvensjonen av 1969.

1.4.1.2 Høyesteretts tolkning av EMK

Førstvoterende i storkammeravgjørelse overfor fortsetter med å redegjøre for hvordan Høyesterett skal tolke reglene i EMK basert på høyesterettspraksis.

«"foreta en selvstendig tolking av konvensjonen. Herunder skal de benytte samme metode som EMD. Norske domstoler må således forholde seg til konvensjonsteksten, alminnelige formålsbetraktninger og EMDs avgjørelser. Det er likevel i første rekke EMD som skal utvikle konvensjonen. Og dersom det er tvil om forståelsen, må norske domstoler ved avveiningen av ulike interesser eller verdier kunne trekke inn verdiprioriteringer som ligger til grunn for norsk lovgivning og rettsoppfatning."» avsnitt 74

1.4.1.3 EMDs praksis som rettskildefaktor

EMD tillegger tidligere EMDs avgjørelser stor vekt. EMDs praksis må derfor anses som en relevant kilde. Også Høyesterett har tillagt EMDs praksis vekt.³²

³¹ Aall(2007) s.37

³² Rt.1999 s.961(s.971)

I spørsmål om avvisningsavgjørelser skal tillegges samme rettskildemessig vekt som en vanlig realitets dom fra EMD, er svaret på dette et nei. Høyesterett har blant annet påpekt at avvisningsavgjørelser ikke har samme rettskildemessige vekt som realitetsdommer.³³ Unntaket er dersom avvisningsavgjørelsen er avsagt av like mange dommere som i realitetsavgjørelser, så skal den rettskildemessige vekten være lik realitetsavgjørelser.³⁴

Ellers må det konstateres at EMD kan også bli satt som stor kammer, og da vil vekten være høyere enn en vanlig realitets dom. EMD i stor kammer kan sammenlignes med Høyesterett i plenum.

1.5 Terminologi

1.5.1 «In dubio pro reo»³⁵

In dubio pro reo er et latinsk begrep som oversatt til norsk betyr « i tvil for tiltalte»³⁶. Begrepet er sentralt innen straffesystemet, og innebærer at rimelig tvil skal komme tiltalte til gode³⁷. In dubio pro reo er et prinsipp i norsk rett, og det foreligger ellers ulike formuleringer av begrepet i juridisk litteratur. Bratholm formulerer in dubio pro reo-prinsippet som at det er forstandig tvil som skal komme tiltalte til gode.³⁸ Johnsen kaller in dubio pro reo for prinsippet om at tvilen skal komme tiltalte til gode i straffesaker – for tvilsprinsippet.³⁹

³³ Rt.2005 s.833 (avsnitt 69og104)

³⁴ Rt.2006 s.1409 (avsnitt53)

³⁵ Heretter vil prinsippet om in dubio pro reo under avhandlingen omfatte forskjellige formuleringer som tvilen skal komme tiltalte til gode, rimelig tvil skal komme tiltalte til gode, forstandig tvil skal komme til talte til gode, eller en kombinasjon av disse. Formuleringen kan derfor være noe forskjellig avhengig av konteksten inn under avhandlingen.

³⁶ Bratholm(1980) s.95 og Stridbeck og Bratholm (1998) s.359

³⁷ Andenæs (2012) s.160

³⁸ Bratholm(1980) s.95

³⁹ Johnsen (1987) s. 193-210.

Jeg legger også til grunn at in dubio pro reo-prinsippet, er omfattet av bevisbyrde reglene slik rettspraksis og juridisk teori har lagt til grunn.⁴⁰ Jeg nevner også at ifølge juridisk teori og rettspraksis er uttrykket beviskrav også en del av bevisbyrdereglene.⁴¹ I storkammeravgjørelsen i Rt. 2008 s. 1409 uttaler førstvoterende følgende om begrepene: «Jeg bemerker at kravet til bevisets styrke i noen tilfelle omtales som "bevisbyrde". Men dette uttrykk benyttes også for å angi bevisføringsplikt og tvilsrisiko. Det er derfor i en del sammenhenger uklart hvilken side av bevisreglene som en uttalelse tar sikte på.»⁴² En forutsetter derfor på lik linje med Stigen, at in dubio pro reo-prinsippet referer både til bevisbyrdereglene og til beviskravet.⁴³ Jeg vil derfor problematisere in dubio pro reo-prinsippet i lys av både bevisbyrdereglene og beviskravet

1.5.1.1 Bevisvurdering

Når det er uenighet mellom partene om hva som skal legges til grunn som faktum i en sak, foretar rettsanvenderen en bevisvurdering for å vurdere om faktum er tilstrekkelig bevist. Andenæs definerer bevisvurdering som kartlegging av det ytre handlingsforløp som går ut på å skaffe seg et så fullstendig og nøyaktig helhetsbilde av den faktiske handlingen tiltalen gjelder derunder følger og omstendigheter.⁴⁴ Bevisvurderingen omfatter også det indre handlingsforløp; tanker og følelser til gjerningsmannen på gjerningstidspunktet.⁴⁵

⁴⁰ Rt.1978 s.884, Rt.2008 s.1409, Andenæs(2012) s.160-161, Hov(2010) s.804-806, Strandbakken(2003) s.27 og 373.

⁴¹ Storkammeravgjørelsen I Rt.2008 s.1409(avsnitt38), Rt.1978 s.884, Andenæs(2012) s. 161 og s.544 , Hov(2010) s.804, Strandbakken(2003) s.27 og 373

⁴² Avsnitt38.

⁴³ Dette er også forståelsen til Stigen(2013) – hvor han mener at bevisbyrde og beviskrav er 2 sider av samme sak, og at in dubio pro reo referer til begge deler. Det ene kan ikke ses adskilt fra det andre.

⁴⁴ Andenæs(2012) s.543

⁴⁵ Andenæs(2012) s.543.

Hva som er tilstrekkelig bevist beror på hvilke bevis som foreligger i den enkelte sak, samt beviskravet på området.⁴⁶ Andenæs formulerer spørsmålet om hva som er tilstrekkelig bevist i den konkrete bevisvurdering under skyldspørsmålet som et spørsmål om «hvor høy grad av sannsynlighet» som foreligger i det konkrete tilfellet.⁴⁷

1.5.1.2 Rettsanvendelse

Rettsanvendelse i straffesaker er om det konkrete faktum som blir lagt til grunn i bevisvurderingen faller inn under et bestemt straffebud, etter at den er tolket.⁴⁸

Rettsanvendelsen deles i 2 kategorier; tolkning og subsumsjon⁴⁹. Tolkning er fastsettelsen av rettsregelens rekkevidde og innhold. Mens subsumsjon er anvendelsen av det foreliggende faktum, som ble lagt til grunn i bevisvurderingen, på den tolkede rettsregelen..

1.5.1.3 Sondringen mellom bevisvurdering og rettsanvendelse.

I teorien har det vært hevdet at en sontring mellom bevisvurdering og rettsanvendelse er unødvendig.⁵⁰ Likevel er sondringen mellom bevisvurdering og rettsanvendelse særlig viktig, da Høyesterett ikke har kompetanse til å prøve bevisvurderingen under skyldspørsmålet, jfr. Strpl. § 306(2).⁵¹ Her tilsier lovteksten, samt Høyesterettspraksis at sondringen er nødvendig. Ikke minst, at in dubio pro reo-prinsippet- tvilen kommer tiltalte til gode gjelder tvil ved faktum, ikke tvil ved jussen.⁵²

⁴⁶ Kolflaath(2013) s.12

⁴⁷ Andenæs(2012) s.161

⁴⁸ Andenæs(2012) s.543

⁴⁹ Andenæs(2012) s543. Se også Strandbakken (2003) s.60.

⁵⁰ Andenæs(2012) s.543

⁵¹ Se om sondringen hos Andenæs (2010) s.543-546

⁵² Se. Andenæs(2012) s.543

Høyesteretts kompetanse er ikke avskåret ved overprøving av lagmannsrettens rettsanvendelse, i motsetning til overprøving av bevisvurdering under skyldspørsmålet. Her kan det nevnes at bevisbyrde reglene hører inn under rettsanvendelsen.⁵³ Som viktige eksempler, så har Høyesterett kompetanse til å prøve spørsmålet om hvem som har bevisbyrden for et bestemt faktum, og spørsmålet om hvor streng den er.⁵⁴ Høyesterett kan i slike tilfeller oppheve dommene som er basert på uriktig rettsanvendelse.

1.5.2 Saker om overgrep mot barn

Saker om overgrep mot barn, omfatter først og fremst saker som rammes av straffeloven av 22.05.1902⁵⁵ § 195 (overgrep mot barn under 14 år), 196 (overgrep mot barn under 16 år og 197(incest). Basert på straffelovens straffebud, omfatter definisjonen av saker om overgrep mot barn alle seksuelle overgrep mot barn under 16 år, samt incest forhold. Men overgrep omfatter også strl. § 201.

Etter straffeloven omfatter overgrep seksuell handling og seksuell omgang⁵⁶. Den seksuelle handling etter straffeloven omfatter ord eller handling.⁵⁷

Seksuell omgang er ikke legaldefinert, men forarbeidene uttaler at begrepet er identisk med det tidligere begrepet «utuktig omgang».⁵⁸ Slik at tidligere rettspraksis som hva som regnes som «utuktig omgang» har fortsatt relevans.⁵⁹ Det er ellers en rekke kvalifiserte tilfeller utenom samleie, som omfattes av seksuell omgang. I henhold til oppgavens omfang, nevner jeg kort noen sentrale tilfeller fra rettspraksis og forarbeider. Samleielignende forhold, hvor

⁵³ Andenæs (2012) s.544

⁵⁴ Jfr. Rt. 1978 s.882(s. 884)og Rt.1983s.1474,samt Andenæs(2012) s 544

⁵⁵ Heretter omtalt som strl

⁵⁶ Jfr. F.eks strl.§195(1)

⁵⁷ Jfr. Strl.§§200 og 201

⁵⁸ Jfr. Ot.prp.nr.28(1999-2000) kap. 16.1.1 s.111 og Matningsdal(2012) note1557.

⁵⁹ Matningsdal(2012) note1557.

fysisk berøring mellom blottede kjønnsorganer⁶⁰, masturbasjon⁶¹, innføring av finger eller gjenstander i en kvinnes skjede eller endetarmsåpning⁶², regnes alle som seksuell omgang.

⁶³

Loven har oppgitt en legaldefinisjon dersom den seksuelle omgangen var samleie. Med samleie «menes vaginalt og analt samleie. Med samleie likestilles innføring av penis i munn og innføring av gjenstand i skjede eller endetarmsåpning. Ved handlinger som nevnt i § 195 likestilles med samleie også innføring av penis inn i og mellom de store og små kjønnslepper.»⁶⁴ (min uth)

2 BEGREPSAVKLARING

2.1 Bevis, bevismidler og bevistema

I juridisk sammenheng er begrepet bevis det middelet en part anvender for at retten skal legge et bestemt faktum til grunn i en rettssak.⁶⁵

Bevis inndeles gjerne i to hovedkategorier; direkte bevis og indisie bevis⁶⁶. Direkte bevis er bevis som kaster lys over hendelsesforløpet. Indisiebevis er indirekte bevis som kan underbygge slutninger om hendelsesforløpet.

Bevismidler kan deles inn under 3 kategorier; forklaringsmidler, reelle midler og dokumen-

⁶⁰ Jfr. Rt.1912s.624 og Rt.1970s.110. Det kreves ikke at det utført samleiebevegelser jfr. Rt.1938 s.56.

⁶¹ ensidig eller gjensidig masturbasjon Jfr. Rt.1986s.794 og Rt.1990s.551.

⁶² Jfr. Rt.1985s.202 og Ot.prp.nr.28(1999-2000) kap 4.1 s.25

⁶³ Se. Matningsdal(2012) note1557 for en fullstendig oversikt over de kvalifiserte tilfeller.

⁶⁴ Strl.§206

⁶⁵ *Jusleksikon*(2007) s.42

⁶⁶ Se Andenæs(2012) s.167 og Strandbakken(2003) s.46

ter midler.⁶⁷ Forklaringsmidler er typisk vitneforklaringer. I sedelighetssaker, er det som oftest forklaringsmidler som benyttes.

Andenæs definerer bevistema som hva som er gjenstand for bevis.⁶⁸ Strandbakken definerer bevistema som «det forhold som er gjenstand for bevisføringen»⁶⁹.

3 IN DUBIO PRO REO-PRINSIPPETS RETTSLIGE FORANKRING

3.1 Høyesterettspraksis

Prinsippet om in dubio pro reo - at tvilen skal komme tiltalte til gode i straffesaker er bredt anerkjent av Høyesterett.⁷⁰

Høyesterett har i Rt. 2005 s. 1353 uttalt at «*Prinsippet om at enhver rimelig og fornuftig tvil skal komme den tiltalte til gode er en bærebjelke i straffeprosessen ...*».⁷¹ (min uth.)

I en annen sak uttalte førstvoterende i Rt. 2007 s.1601 følgende:

«... beviskravene er mindre strenge ved krav om erstatning eller oppreisning enn for straff-fellelse, *der prinsippet om at enhver rimelig tvil skal komme tiltalte til gode gjelder*» (min uth.)⁷²

⁶⁷ *Jusleksikon*(2007)s.42

⁶⁸ Jfr. Andenæs(2012)s.160 og 163

⁶⁹ Strandbakken(2003) s.47

⁷⁰ Jfr.Rt.2009s.1456(avsnitt36),Rt.2008s.1292(avsnitt31)Rt.2007s.1601(avsnitt 12), Rt.2005s.1353(avsnitt14), Rt.2003s.1671, HR-1998-570-S, Rt.1993s.513(s.518), Rt.1977s.399(s 401) og Rt.1963s 449(s.449-450).

⁷¹ Avsnitt14

⁷² Avsnitt12

I forbindelse med gjenåpning av en incestsak uttalte Høyesterett følgende: «Det *gjøres gjeldende at vilkårene i straffeprosessloven § 391 er til stede. I alle tilfelle bør regelen om at tvilen skal komme tiltalte til gode være til stede.*».⁷³(min uth)

En annen sentral avgjørelse som belyser viktigheten av prinsippet, er en sak hvor Høyesterett opphever en herredsrettsdom som følge av at det var tvil om retten hadde lagt den rette vekt på prinsippet om at tvilen skal komme tiltalte til gode. Om dette uttaler Høyesteretts kjæremålsutvalg: «*Høyesteretts kjæremålsutvalg er enstemmig kommet til at anken over saksbehandlingen må tas til følge, jfr. straffeprosessloven § 387 tredje ledd, og dommen oppheves, da domsgrunnene etterlater tvil om retten har lagt den rette vekt på prinsippet om at tvilen skal komme tiltalte til gode. I siste avsnitt i domsgrunnene gis det således uttrykk for at avgjørelsen har budt på meget tvil.*».⁷⁴(min uth.)

Hovedregelen etter rettspraksis er at prinsippet tillegges en sentral vekt i bevisvurderingen i straffesaker generelt, og ikke minst i saker om overgrep mot barn..

3.2 Forarbeider og juridisk teori

Prinsippet in dubio pro reo er slått fast ved sikker sedvane.⁷⁵ Forarbeidene til den någjeldende straffeprosesslov(1981), samt forrige straffeprosesslov(1887) forutsetter at prinsippet om tvilen skal komme tiltalte til gode gjelder.⁷⁶

Prinsippet er også internasjonalt. Strandbakken rapporterer at prinsippet om rimelig tvil skal komme tiltalte til gode også er forankret i Sverige⁷⁷, Danmark⁷⁸, Finland, England,

⁷³ Jfr. Rt.1990s.253(s.254)

⁷⁴ Jfr. Rt.1985s.243

⁷⁵ Jfr. Bratholm(1980) s.95, Andenæs(2012)s.160, Johnsen(1987) s.202-204

⁷⁶ NOU:1990:5 s.47, ot.prp.nr.87(1993-94) s.22, NOU:1997:23 s.51. Se også Johnsen(1987)s.203 og Strandbakken(2003) s.126

⁷⁷ Diesen(1994)s.120

⁷⁸ Zahle(1994)s.87

Skottland og USA.⁷⁹ Beviskravet etter norsk rett er ifølge Strandbakken en oversettelse av det angloamerikanske beviskravet.⁸⁰ Likevel må det sies at Johnsen er kritisk til den rettskildehenvisningen som foreligger på område.

Et spørsmål som har vært drøftet, er om in dubio pro reo-prinsippet følger av regelen om uskyldspresumsjonen i EMK art. 6 nr. 2. Ifølge juridisk teori har det vært antatt at in dubio pro reo-prinsippet er i samsvar med uskyldspresumsjonen i EMK art.6 nr. 2.⁸¹ Bestemmelsen tolkes slik at det stilles et strengt beviskrav for at siktede er skyldig, og at påtalemyndigheten har bevisbyrden for siktedes skyld.⁸² Uskyldspresumsjonen er kjent for gi uttrykk for en rekke regler, derunder in dubio pro reo-prinsippet.⁸³ Ifølge Strandbakken, utgjør det at en siktet kan dømmes for handlinger som det ikke er rimelig tvil om, «selve kjerneområdet til uskyldspresumsjonen.»⁸⁴

I straffeprosessloven av 1887 var det i § 349 andre punktum følgende bestemmelse:

« Afgjørelsen træffes efter fri Overbevisning paa Grunlag af en samvittighedsfuld Prøvelse av de fremførte Bevisligheder». (min uth)

Basert på forarbeidene til bestemmelsen, uttaler Strandbakken følgende om formålet til bestemmelsen:

«Formålet med bestemmelsen var å fastslå at retten ikke var bundet av legale bevisregler. Spørsmålet om skyld skulle avgjøres ut fra rettens subjektive overbevisning, men slik at tvil

⁷⁹ Strandbakken(2003)s.355-356

⁸⁰ Strandbakken(2003)s.356

⁸¹ Hov(2010) s.804 og Strandbakken s.27 og 331.

⁸² Aall(1995)s.283-286 , Strandbakken(2003) s.331 og Hov(2010) s.805.

⁸³ Strandbakken(2003) s.27

⁸⁴ Strandbakken(2003) s.382

skulle komme tiltalte til gode. Kunne det ikke frembringe tilstrekkelig bevis, skulle tiltalte frifinnes»⁸⁵ (min uth.)

3.3 EMK og EMDs praksis

EMK art. 6 nr.2 stiller først og fremst et krav om at påtalemyndigheten har bevisbyrden, Det er også antatt i teorien at bestemmelsen også stiller krav til hvordan bevisførselen finner sted.⁸⁶

3.3.1 Stiller in dubio pro reo-prinsippet i lys av EMK art. 6 nr. 2 et bestemt beviskrav - krav til bevisets styrke i straffesaker?

Etter ordlyden i EMK art. 6 nr. 2 er det ikke noe i bestemmelsen som sier noe om beviskravet.

I juridisk teori tolkes EMK art. 6 nr.2 slik at den stiller krav til at påtalemyndigheten har bevisbyrden. Strandbakken⁸⁷ uttrykker dette med at påtalemyndigheten har ”bevisførselsplikten”.⁸⁸

Menneskerettskommisjonen har tidlig slått fast at bestemmelsen også hadde betydning for beviskravet⁸⁹ Kommisjonen slo også fast at den myndighet som hadde reist påtale skulle bringe inn en høy grad av sannsynlighet for siktedes skyld.⁹⁰ Under utarbeidelsen av SP art. 14 nr. 2, ble det fremmet et forslag fra Filipinene om å tilføye « beyond resonable doubt» for å angi beviskravet. Forslaget ble forkastet da menneskerettskomiteen mente at «rea-

⁸⁵Strandbakken(2003) s.126

⁸⁶ Strandbakken(2003) s.340

⁸⁷ Strandbakken(2003) s.340

⁸⁸Hov(2010) s75, Andenæs(2012) s.160-161 og Strandbakken(2003) s.340

⁸⁹ Pfuners v Østerrike. Se også Rt.2008 s.1409(avsnitt79) for historikken. Se også Hov(2010) s.75

⁹⁰ Strandbakken(2003) s.340- 344, Aall(1995) s.293-296, Hov(2010) s.75.

sonable doubt» var inkludert i «to be presumed innocent unntil proved guilty».⁹¹ Et lignende forslag ble ikke fremmet under utarbeidelsen av EMK, men sett hen til at uskyldspresumsjonen er formulert tilnærmet lik formuleringen i SP, har den likevel interesse i tolkningen av EMK art. 6 nr. 2.⁹² Hov mener at dette samsvarer med vår «hovedregel om bevisbyrde i straffesaker- «in dubio pro reo» -regelen»⁹³

I EMD plenumsavgjørelse *Barbera, Messegue and Jabardo v. Spain* uttalte domstolen følgende:

”Paragraph 2 embodies the principle of the presumptions of innocence. It requires *Inter alia*, that when carrying out the duties, the members of a court should not start with the preconceived idea that the accused has committed the offence charged; *the burden of proof is on the prosecution , and any doubt should benefit the accused.*”⁹⁴ (min uth.)

Domstolen legger til grunn at påtalemyndigheten har bevisbyrden for tiltaltes skyld, hvor enhver tvil skal komme tiltalte til gode.⁹⁵ Ifølge ordlyden i dommen oppstilles det her både en bevisbyrde og et beviskrav- enhver tvil skal komme tiltalte til gode.⁹⁶ Spørsmålet videre er om ”any doubt” angir det nærmere beviskravet.

I avgjørelsen *Telfner v. Austria* blir det referert til samme uttalelse om ”any dobut”. Her uttaler domstolen at påtalemyndigheten må frembringe tilstrekkelig bevis og at ”any doubt” skulle komme tiltalte til gode. Domstolen presiserte ikke nærmere beviskravet som lå ”any doubt”.⁹⁷

⁹¹ Se førstvoterendes gjennomgang i Rt.2008 s.1409(avsnitt79)

⁹² Dette var også synet til førstvoterende i Rt.2008 s.1409(avsnitt79).

⁹³ Hov(2010) s.75

⁹⁴ Avsnitt77

⁹⁵ Jfr. *Barbera, Messegue and jabardo v. Spain* (avsnitt 77)

⁹⁶ Samme forståelse av dommen ble lagt til grunn av førstvoterende i Rt.2008 s1409(avsnitt89)

⁹⁷ Se Strandbakken(2003) s.341 for samme forståelse av dommen.

Tidligere EMDs praksis har også lagt dette til grunn når det gjelder at tvilen skal komme tiltalte til gode.⁹⁸

Til sammenligning er beviskravet for sivilrettslige administrative tiltak lignende hvor EMK art. 6 nr.2 også oppstiller krav til bevisets styrke. Høyesterett har også lagt til grunn at EMK art. 6 nr. 2 skal tolkes slik at den også stiller et skjerpet beviskrav ved sanksjoner som er å anse som straff etter EMK jfr. Rt. 2008 s. 1409 (storkammer). Avgjørelsen er senere fulgt opp i rettspraksis, slik at den har en stor prejudikatsverdi.⁹⁹

Etter en gjennomgang av rettskildebildet på området, må det derfor sies at EMK art. 6 nr.2 skal tolkes dit hen at det stilles et krav til bevisets styrke på strafferettens område.

3.3.2 Det nærmere innhold av beviskravet som følger av EMK art. 6 nr. 2

EMD overprøver normalt ikke bevisvurderingen til nasjonalstaten ved den konkrete sak. ”according to law”¹⁰⁰ er først og fremst referert til nasjonalstatens lov som er innenfor nasjonalstatens skjønnsmargin.¹⁰¹

Strandbakken er av den oppfatning at i lys av formålet bak EMK art. 6 nr. 1 - å hindre uriktig avgjørelser – så skal det tolkes et minstekrav til bevisets styrket i bestemmelsen.¹⁰² Han mener at beviskravet som følger av EMK art. 6 nr.2 ikke skal være lavere enn 50 % sannsynlighet.¹⁰³ Likevel viser Strandbakken til at det foreligger omfattende praksis for at beviskravet ”beyond reasonable doubt” anvedes av domstolene vedr. art. 2,3 og 14.¹⁰⁴

⁹⁸ Se Pfunder mot Østerike, og Barbera, Messegue og Jabardo mot Spania

⁹⁹ Jfr. også Rt.2007 s.1217(avsnitt63) og senere avgjørelser som har fulgt storkammeravgjørelsen i Rt.2011 s.910(avsnitt47), og Rt.2012 s1556(avsnitt48)

¹⁰⁰ Jfr. EMK art.6nr.2

¹⁰¹ Rt.2008 s.1409 og Rt.2005s.833

¹⁰² Strandbakken(2003) s.343

¹⁰³ Strandbakken(2003) s.343

Aall argumenterer i retning om at EMD's praksis tidlig slo fast beviskravets innhold, samt at konvensjonsregelen svarer til det "alminnelig statlige krav at påtalemyndigheten har bevisbyrden og at enhver rimelig tvil skal komme tiltalte til gode (pfunders, barbera)."¹⁰⁵

I plenumssaken *Geerings mot Nederland* uttalte EMD følgende i lys av EMK art. 6 nr. 2 om uskyldspresumsjonen:

«If it is not found beyond a reasonable doubt that the person ... (compare, *mutatis mutandis*, *Salabiaku v. France* (EMD-1983-10519), judgment of 7 October 1988, Series A no. 141-A, pp. 15-16, § 28).»¹⁰⁶ (min uth.) (min understrekning)

Basert på plenumsavgjørelsen *Geerings mot Nederland*, så fremkommer uttrykket "reasonable doubt". Slik at dette gir uttrykk for at det stilles et bestemt krav til bevisets styrke i straffesaker generelt.¹⁰⁷ Plenumsavgjørelsen har en tungt rettsskildemessig vekt etter norsk- og EMDs praksis.

Det må derfor presiseres at EMD prøver nasjonale regler om krav til bevisets styrke på uskyldspresumsjonens område.¹⁰⁸ På uskyldspresumsjonens område er det etter praksis fra EMD lite spillerom for nasjonalt skjønn.¹⁰⁹ Bevisførselen for EMD er middelbar, og ikke umiddelbart. Det betyr at EMD får bevisvurderingen som regel protokoltert, hvor prøvingen gjelder om bevisene er tilstrekkelige og er innenfor konvensjonens rammer.

¹⁰⁴ Strandbakken(2003) s.342-343

¹⁰⁵ Aall(2007) s.372

¹⁰⁶ *Geerings mot Nederland*(avsnitt47)

¹⁰⁷ Rt.2008s.1409(avsnitt101-102). Se også Strandbakken(2003) s.342,som i 2003 hadde foreslått at hvis "reasonable doubt" skulle forekommet så ville dette være å anse som krav til det nærmere innhold av bevisets styrke i straffesaker.

¹⁰⁸ Se førstvoterendes tilsvarende forståelse av EMD i Rt.2008 s1409(avsnitt82) og Rt.2005 s.833(avsnitt76)

¹⁰⁹ Samme forståelse av EMDs praksis ble lagt til grunn av Rt.2005 s.844(avsnitt76)

Basert på de siste avgjørelser fra EMD, må det sies at EMD går langt inn og vurderer nasjonalstatens bevisvurdering av straffesaken for å ta standpunkt til om uskyldspresumsjonen i EMK art. 6 nr. 2 er krenket.¹¹⁰ Her kan man begynne å stille spørsmål ved om EMD er en slags fjerde instans for overprøving av nasjonale staters rett.¹¹¹

Nasjonale lovregler må være utformet slik at siktede har de rettssikkerhetsgarantier som følger av EMK art. 6, og EMD prøver at dette er tilfellet.¹¹² En tiltalte kan derfor under visse omstendigheter klage saken til EMD på grunnlag av at bevisene ikke er tilstrekkelig for domfellelse. Likevel må det presiseres at det er en snever adgang for prøving sett hen til antall saker som kommer til EMD.

Plenumavgjørelsen Geerings mot Nederland ble lagt til grunn av førstvoterende i Rt. 2008 s.1409 (storkammer) hvor førstvoterende utledet et skjerpet beviskrav for sanksjoner som etter EMK er å anse som straff.¹¹³ Det må derfor anses på det rene at rene straffbare handlinger som etter nasjonalstatene er å anse som straff, krever et høyere beviskrav som er høyere enn skjerpet beviskrav som er klar sannsynlighetsovervekt i storkammeravgjørelsen. Dette samsvarer med at EMD dommen oppstiller et krav til det nærmere innhold av bevisets styrke.

Etter gjeldende rett ser det ut som EMD foretar flere og flere evalueringer av bevisvurderingen ved den nasjonale rett til å undersøke om EMK art. 6 nr 2. er krenket. Dette kan tale for at EMDs praksis vil få mer og mer relevans i straffesaker generelt med tiden som kommer da EMD går dypere og dypere i nasjonalstatens bevisvurdering. Det må derfor legges til grunn at beviskravet i straffesaker som følger av EMK er bevist utover enhver rimelig

¹¹⁰ Se Aall(2007) s.372.

¹¹¹ Se også særlig til Telfner mot Østerrike(EMD)

¹¹² Samme forståelse ble også lagt til grunn av Høyesterett i Rt.2008 s.1409 og Rt.2005s.833(plenum)

¹¹³ Avsnitt95

tvil. Da sedelighetsforbrytelser er en del av straffesaker, er det på det rene at de også omfattes av det nærmere beviskravet som følger av EMD

Etter dette må det konkluderes at prinsippet om in dubio pro reo-prinsippet – tvilen skal komme tiltalte til gode, har fått et rettslig forankring i EMK, da EMD's praksis har innfortolket et slikt prinsipp i EMK art. 6 nr. 2 og oppstilt det som en del av beviskravet. Dette følger også av plenumsdommene sitert overfor.

3.4 Foreløpig oppsummering

Etter dette må det sies at prinsippet in dubio pro reo har fått en rettslig forankring både i nasjonal og internasjonal henseende. EMDs praksis, Høyesterettspraksis, forarbeider til straffeprosessloven, samt juridisk teori understreker alle prinsippetets solide forankring i norsk og internasjonal rett. Prinsippet følger også av det bestemte beviskravet i EMK art. 6 nr. 2 – bevist utover enhver rimelig tvil.

4 HENSYNET BAK IN DUBIO PRO REO-PRINSIPPET

4.1 Hensynet til å unngå at uskyldige dømmes

Hoved formålet bak in dubio pro reo-prinsippet er at det er mye mer alvorligere at en uskyldig blir dømt, enn at en skyldig går fri.¹¹⁴ Hov formulerer begrunnelsen, som at det er bedre at ti skyldige går fri, enn at en uskyldig blir dømt.¹¹⁵ Et annet hensyn som gjør seg gjeldende at det er bedre og mer rettferdig, at påtalemyndigheten som er en profesjonell part og har hele politiet bak ryggen sin, må legge fram bevis for tiltaltes skyld. Eckhoff er noe kritisk til denne begrunnelse.¹¹⁶ Eckhoff mener at hovedbegrunnelsen bak in dubio pro reo-prinsippet, er at «strafferegelens virkning skal begrenses.»¹¹⁷ Han begrunner dette med at straff er en så hard reaksjon at det ville være en større ulykke om en uskyldig skulle bli

¹¹⁴ Andenæs(2012)s.160, Strandbakken(2003) s. 381, Hov(2010) s.814- 815

¹¹⁵ Hov(2010) s. 804

¹¹⁶ Eckhoff (1943) s. 109-110.

¹¹⁷ Eckhoff(1943) s. 110.

dømt enn at en skyldig går fri. Han presiserer videre at man først og fremst bør forsøke å hindre gale dommer til skade for tiltalte, og at avgjørelsene bør derfor i tvilstilfellet falle i tiltaltes favør.¹¹⁸

4.2 Effektivitet – hensynet til at de skyldige blir straffet

At ikke en hvilken som helst tvil skal komme tiltalte til gode ved in dubio pro reo-prinsippet er også ment å effektivisere straffesystemet,¹¹⁹ for ellers ville ingen vært domfelt da det som oftest er tvil ved alle straffesaker. Hovedformålet bak straffeprosesslovgivningen er hensynet til effektivitet.¹²⁰ Andenæs opplyser at de overordnede hensyn som gjør seg gjeldende bak prosessretten er effektivitetshensyn, rettssikkerhetshensyn, samt prosessøkonomiske hensyn.¹²¹ Hensynet til effektivitet sørger for å straffeforfølge de skyldige på en raskest mulig måte, samtidig som man kan få en realitet i straffesystemet.

For uten et effektivt straffereaksjonssystem ville vi hatt et lovløst samfunn hvor det ikke vil være en forskjell mellom den lovlydige og den lov brytende borger. Hensynene om allmennprevensjon -og individualprevensjonen bak strafferettssystemet ville falt bort, og straffesystemet ville ellers vært nytteløs.

4.3 Rettssikkerhet

Rettssikkerhet er et av de grunnleggende hensyn vårt straffesystem er bygget på. Rettssikkerhet blir ifølge Andenæs definert som at *«så langt det står i menneskelig makt sikrer at de faktiske forhold blir klarlagt og de rettslige spørsmål riktig avgjort. Særlig viktig er det at ingen blir domfelt med urette.»*(min uth.)¹²² Det er i regi av det siste at vi blant annet fikk

¹¹⁸ Eckhoff(1943) s.100

¹¹⁹ Se pkt.6.2.2

¹²⁰ Andenæs(2012) s. 7

¹²¹ Andenæs(2012) s.1

¹²² Andenæs(2012) s. 2

et eget uavhengig kommisjon for gjenåpning av straffesaker.¹²³ Oppgaven om gjenåpning av straffesaker var før 2004 tildelt domstolene.¹²⁴

Andenæs på sin side presiserer viktigheten av at man unngår at uskyldige blir dømt.¹²⁵ En sentral del av den offentlige interessen er at tiltalte blir dømt hvis han blir funnet skyldig, og at tiltalte blir frifunnet hvis han er uskyldig. Andenæs nevner at « *den siste interessen er meget sterkere enn den første* » (min uth.).¹²⁶ Han begrunner dette standpunktet med « *At en uskyldig blir dømt, står derimot for en utviklet rettsbevissthet, som opprørende, iallfall hvis det er tale om domfellelse for en alvorlig forbrytelse med tilsvarende skjebnesvangre konsekvenser for den domfelte.* » (min uth.)¹²⁷

4.3.1 Uskyldspresumsjonen – EMK art. 6 nr. 2

Uskyldspresumsjonen – er et grunnleggende prinsipp både etter norsk rett og etter den europeiske menneskerettighetskonvensjonen. Prinsippet er nedfelt i EMK art. 6 nr. 2 og ifølge menneskerettsloven gjort til norsk lov. Prinsippet går ut på at alle er uskyldige inntil skyld er bevist etter loven.¹²⁸ Ifølge juridisk teori blir In dubio pro reo-prinsippet sett som utslag av uskyldspresumsjonen.¹²⁹

Formålet bak bestemmelsen er å hindre at uskyldige personer blir straffedømt, samtidig å ivareta omdømme til den som er eller har vært under etterforskning for et straffbart forhold.¹³⁰

¹²³ Se. Ot.prp.nr.70.(2000-2001) s.8-12.Se også Andenæs(2012) s. 572-573

¹²⁴ Om bakgrunnen for endringen se Ot.prp.nr.70(2000-2001) s. 8 og Innst.O.nr.114(2000-2001).

¹²⁵ Andenæs(2012) s.6

¹²⁶ Jfr. Andenæs(2012) s. 6

¹²⁷ Andenæs(2012) s. 6

¹²⁸ Jfr. EMK art.6 nr. 2

¹²⁹ Strandbakken(2003) s.27

¹³⁰ Jfr. Rt.2008 s1409(avsnitt78), Rt.2007s.1217(avsnitt50) og Strandbakken(2003) s.67

4.4 "Fair trail", jfr. EMK art.6 nr 1

4.4.1 Rettslig grunnlag

Hensynet til betryggende rettergang eller rettssikkerhet kan ses som et utslag av rettferdighet, jfr. Prinsippet om «fair trail». ¹³¹ Prinsippet om «fair trail», er inkorporert i norsk lov, og går ved motstrid foran norsk lovgivning. ¹³² Ifølge EMD rekkes EMK art. 6 nr.1 videre enn EMK art. 6 nr.2.

4.4.2 Prinsippene

EMK art. 6 nr. 1 har en rekke prinsipper som er blitt innfortolket av EMDs praksis. En kort oppsummering av prinsippene som ligger i EMK art. 6 nr. 1 er¹³³ ; sikkerhet mot vilkårlighet, at partenes innsigelser høres–samt offentlig kontroll, partenes grunnlag til å vurdere dommen, ankeinstansens mulighet for overprøving samt reell prøving. EMK art. 6 nr. 1 grenser også til uskyldspresumsjonen som er nedfelt i EMK art. 6 nr. 2..

4.5 Favor defensionis («til gunst for forsvaret»)

Favor defensionis er et latinsk begrep som betyr « til gunst for forsvaret»¹³⁴. Prinsippet går ut på at det er en rekke begunstigelser eller fordeler som den siktede har i straffesaker gjennom en rekke bestemmelser i straffeprosessen, som er særskilt reservert for vedkommende. Disse begunstigelser kan også ses i lys av hensynet til rettssikkerhet, derunder hensynet til å avverge uriktige domfellelser. ¹³⁵ In dubio pro reo-prinsippet, er derfor omfattet av favor defensionis. Bevisbyrdereglene i strafferetten kan ses som et utslag til fordel for tiltalte. ¹³⁶

¹³¹ Jfr. Den Europeiske menneskerettighetskonvensjonen av 04. november 1950- heretter forkortet til EMK-art. 6nr.1, som er inkorporert til norsk lov ved lov om styrking av menneskerettigheters stilling i norsk rett (menneskerettsloven) datert 21.05.1999 nr 30–heretter forkortet til ml.§2nr.1.

¹³² Ml.§3, jfr§2 og strpl.§4

¹³³ Se. Rt. 2009 s.750(plenum) for oppsummering av EMDs praksis vedrørende prinsippene

¹³⁴ Andenæs(2012) s.7

¹³⁵ Andenæs(2012) s.7 som argumenterer for at en rekke bestemmelser i straffeprosessen er ment å avverge uriktige domfellelser.

¹³⁶ Andenæs(2012) s.7–For flere fordeler i tiltaltes favør se samme side

Også internasjonale konvensjoner tildeler siktede eller den anklagede rettigheter i straffeprosessen.¹³⁷ Som eksempler på dette kan nevnes den europeiske menneskerettighetskonvensjonen (EMK) av 04. november 1950 og FN-konvensjonen om sivile og politiske rettigheter av 16. desember 1966 (SP)^{138 139}.

4.6 Rettssikkerhet vs. effektivitet

Ved avveiningen mellom ulike hensyn, mener Andenæs at man må se hen til sakens art.¹⁴⁰ Ved alvorlige straffesaker; som drap eller voldtekt, vil hensynet til grundighet komme først, deretter effektivitet, deretter prosessøkonomiske hensyn.¹⁴¹ Ved mindre alvorlige saker, som trafikkforseelser er det ikke rimelig å bruke tilsvarende ressurser som de alvorlige sakene.

Likevel presiserer Andenæs at utformingen av straffeprosessen er basert på en avveining mellom på den ene siden hensynet til effektiv rettsforfølgelse og på den annen side hensynet til å unngå at uskyldige blir dømt.¹⁴²

En god prosessordning, er som regel en vurdering av ulike, men motstridende hensyn.¹⁴³ Hvis vi fulgte effektivitets hensynet fullt ut, ville vi ha overskredet grensen for rettssikkerhet. Et mest mulig effektivt straffesystem, kan gjøres inhuman, uten at det av den grunn er i strid med effektivitet. Dette er typisk eksemplet på land med diktator makt, hvor hensynet

¹³⁷ Andenæs(2012) s.9-12

¹³⁸ FN-konvensjonen om sivile og politiske rettigheter av 16. desember 1966 (heretter forkortet til SP) er også inkorporert i norsk lov, jfr. Ml.§2nr 2 og nr.3

¹³⁹ Se også Andenæs(2012) s.7-som bekrefter at disse konvensjonene i stor utstrekning handler om den anklagedes rettigheter i straffeprosessen.

¹⁴⁰ Andenæs(2012) s.3

¹⁴¹ Andenæs(2012) s.2

¹⁴² Andenæs(2012) s.7

¹⁴³ Se f.eks. Andenæs(2012) s.1

til rettssikkerhet er vesentlig svekket, men igjen på bekostning av et effektivt straffesystem med f.eks. bruk av vold og tortur under etterforskningen.

På den annen side, har vi hensynet til mistenktes, siktedes og tiltaltes rettssikkerhet under rettergangsprosessen, som både nasjonalt og internasjonalt står meget sentralt. Hensynet til «fair trial» ifølge EMK art. 6 nr.1 og hensynet til uskyldspresumsjonen som er nedfelt i EMK art. 6 nr. 2, er grunnleggende sentrale hensyn som veier tungt i denne avveiningen mellom hva som er tillatt og akseptabelt innenfor nasjonalstatens skjønnsmargin, og hva som er «minimum rights:»¹⁴⁴ slik det er formulert i EMK. Alle disse hensyn som er nedfelt i EMK peker i retning for rettssikkerhet, mens nasjonalstatens skjønnsmargin etter EMK peker derfor i retning for effektivitet.

I lys av de minimumsrettighetene som følger av EMK og de grunnleggende hensyn bak straffeprosessen, samt straks vi skal se gjennom bevisbyrde reglene i straffesaker og gjennom favor defensionis prinsippet, så er det mye som taler for å legge til grunn hensynet til rettsikkerhet høyere enn hensynet til effektivitet. Dette er også derfor at hovedformålet bak det strenge beviskravet i straffesaker, er at det er meget større ulykke at en uskyldig blir dømt enn at en skyldig går fri.¹⁴⁵

5 BEVISKRAV OG BEVISBYRDE I STRAFFESAKER GENERELT

5.1 Bevisbyrde

5.1.1 Terminologisk

Begrepet bevisbyrde er tvetydig i rettspraksis, forarbeider og juridisk teori.¹⁴⁶ Med bevisbyrde forstår vi det ansvaret eller plikten til å legge fram bevis overfor en annen part.¹⁴⁷

¹⁴⁴ Jfr. EMK art. 6 nr. 3

¹⁴⁵ Jfr. Andenæs(2012) s.160

¹⁴⁶ Hov(2010) s.453

¹⁴⁷ Hov(2010) s. 806. Se også *Jusleksikon*(2007) s.42

Ifølge Strandbakken forstår han bevisbyrde som bevisføringsplikt¹⁴⁸ I det følgende vil begrepet bevisbyrde sikte til bevisføringsansvaret eller bevisføringsplikten, og skal ikke sammenblandes med begrepet beviskrav.

5.1.2 Hovedregelen i norsk straffeprosess

Hovedregelen etter norsk rett vedrørende skyldspørsmålet i straffesaker er at det er påtalemyndigheten som har bevisbyrden.¹⁴⁹ Det er påtalemyndigheten som må føre bevis for tiltaltes skyld.¹⁵⁰ Dette er et ulovfestet gammelt prinsipp som er innført i en rekke andre land.¹⁵¹

Påtalemyndighetens bevisbyrde er også objektiv. Slik at de også må føre bevis også for tiltaltes uskyld dersom bevissituasjonen tilsier det.

På den annen side har retten en selvstendig plikt til å våke over at saken blir best mulig opplyst. Retten kan derfor beslutte at saken skal gjennom en ny rundt dersom det ikke foreligger tilstrekkelig bevis, eller at saken ikke er fullstendig opplyst.¹⁵²

Hov skiller mellom subjektiv og objektiv bevisbyrde.¹⁵³ Han opererer også med det han kaller omvendt bevisbyrde.¹⁵⁴ Alle disse terminologiene sier noe om bevisbyrden i ulike faser under bevisførselen og bevisvurderingen.

¹⁴⁸ Strandbakken(2003) s.53

¹⁴⁹ Andenæs(2012) s.160, se Aall(2007) s.372

¹⁵⁰ Jfr. Strandbakken(2003) s.27 og 373

¹⁵¹ Andenæs(2012)s.160

¹⁵² Jfr. Strpl.§294

¹⁵³ Hov(2010) s.804

¹⁵⁴ Strandbakken er kritisk til Hovs begrepsbruk se Strandbakken(2003) s.53

5.2 Beviskravet- krav til bevisets styrke

Beviskravet er de krav som stilles til «bevisets styrke».¹⁵⁵ Krav til bevisets styrke kan sammenblandes med bevisbyrde, da beviskravet i teori og praksis har omtalt dette som en del av bevisbyrden.¹⁵⁶

Etter norsk rett har vi ingen generelle lovfestede regler om beviskrav i prosessretten. Likevel er det antatt i teorien at vi har noen ulovfestede regler om beviskrav.¹⁵⁷ Disse regler gjelder som sedvanerettslige prinsipper.¹⁵⁸ Regler om beviskrav er ulikt i sivilprosessen og i straffeprosessen.

Det er flere formuleringer til beviskravet i teorien, men kjernen i formuleringene er at det handler om å angi en minstestandard eller en målestokk på hvor sterk overbevisning retten kan legge til grunn om et bestemt faktum i retten.¹⁵⁹ Formuleringen «rimelig tvil» går også igjen i beviskravet blant juridisk teori.¹⁶⁰

5.2.1 Beviskravet i sivilprosessen

Etter rettspraksis er hovedregelen om beviskravet i sivilprosessen alminnelig sannsynlighetsovervekt.¹⁶¹

Begrunnelsen for beviskravet er at partenes interesser i sivile saker er likeverdige og kontinuerlige, og at dersom man legger dette kravet til grunn vil man totalt sett få flest materielt riktige avgjørelser.¹⁶²

¹⁵⁵ Jfr. førstvoterende i storkammeravgjørelsen i Rt.2008 s.1409 (avsnitt 38) og Strandbakken(2003) s.339. Se også s.53 og 58 og Hov(2010) s.806

¹⁵⁶ Jfr. Rt.2008 s.1409(avsnitt38)

¹⁵⁷ Andenæs(160-161), Bratholm(1980) s.95, Mæland(1999) s.143 og Slettan/Øie(1997)s.29

¹⁵⁸ Rt.1998 s.1945(s1947) og Bratholm(1980)s.95

¹⁵⁹ Se Strandbakken(2003) s.339 og Diesen (1994) s.74-75

¹⁶⁰ Se note132

¹⁶¹ Jfr. Rt.2008 s1409 (storkammer) (avsnitt39)

I enkelte saker er det oppstilt en skjerping av beviskravet; klar sannsynlighetsovervekt.¹⁶³ I disse saker er det andre hensyn som gjør seg gjeldende.

5.2.2 Beviskravet i straffeprosessen

Beviskravet for domfellelse i straffeprosessen er strengt. Ifølge førstvoterende i storkammeravgjørelsen i Rt. 2008 s. 1409 er beviskravet i straffesaker «tilnærmet sikker».¹⁶⁴ Begrunnelsen bak det strenge beviskravet, er hensynet til å unngå at uskyldige dømmes.¹⁶⁵

Førstvoterende i storkammeravgjørelsen Rt. 2008 s. 1409 uttaler følgende om beviskravet i straffesaker:

«I straffesaker stilles det i utgangspunktet krav om tilnærmet sikkerhet, og det er vanlig å si at rimelig tvil skal komme tiltalte til gode. Kravet om tilnærmet sikkerhet er etablert til beskyttelse av tiltalte. For å forhindre at uskyldige dømmes, godtar man - i retning av frifinnelse - flere uriktige avgjørelser enn hva et krav om sannsynlighetsovervekt ville lede til.»¹⁶⁶ (min uth.)

Beviskravet er altså høyere enn beviskravene i sivilprosessen; sannsynlighetsovervekt og klar sannsynlighetsovervekt.¹⁶⁷ I en tidligere prinsipiell avgjørelse, ble det sagt at overveiende sannsynlig ikke tilfredsstiller det strenge beviskravet i straffesaker:

«Det er uklart om retten har stilt de riktige krav til bevisets styrke. En « overveiende sannsynlighet » er ikke tilstrekkelig»¹⁶⁸ (min uth).

¹⁶² Jfr. Rt.2008 s1409(storkammer)(avsnitt39)

¹⁶³ Se til illustrasjon–Rt.1996 s.864(Ringvold) om klar sannsynlighetsovervekt i saker om erstatning for seksuelle overgrep og Rt.2008 s.1409 for administrative sanksjoner som har karakter av straff etter EMK.

¹⁶⁴ Avsnitt40

¹⁶⁵ Rt.2008 s.1409(avsnitt40) og Strandbakken(2003) s.54 og s.375

¹⁶⁶ avsnitt40

¹⁶⁷ Jfr. Rt.2008 s.1409(avsnittene–38-40)

Basert på rettspraksis og juridisk teori er beviskravet at tiltaltes skyld må være bevist utover enhver rimelig tvil.¹⁶⁹

6 Nærmere om innholdet til prinsippet om at tvilen skal komme tiltalte til gode – krav til bevisets styrke(beviskravet)

Ifølge juridisk teori er det uklart om det nærmere innhold av in dubio pro reo-prinsippet – rimelig tvil skal komme tiltalte til gode.¹⁷⁰

Ifølge Andenæs er det ”rimelig tvil” som kommer tiltalte til gode som kvalifiserer for friinnelse.¹⁷¹ Om beviskravet, uttaler Andenæs følgende «Kanskje bortsett fra ved bagatellovertredelser skal dommeren på grunnlag av de bevis som er fremlagt i saken, føle seg *sikker* på at den tiltalte er skyldig.»¹⁷² Hva ligger det i at en dommer er sikker? Hva med de tilfeller hvor det oppstår tvil om tiltaltes skyld?

6.1 Hensyn bak beviskravet – trenger vi et enhetlig beviskrav i straffesaker?

Formålet bak et felles beviskrav er å oppnå et enhetlig og felles likebehandling i rettssystemet.¹⁷³ Likevel må det konstateres at man ikke kommer unna subjektive elementer, tross et fastsatt beviskrav, særlig på bevisvurderingens område, da den er ment å være fri. Formålet bak fri bevisvurdering var nettopp å forlate legalbevisteorien fra inkvisisjonstiden, og

¹⁶⁸ Jfr. Rt.1978 s.882

¹⁶⁹ Jfr. Rt.1978s.884 og Stradbakken(2003) s.255

¹⁷⁰ Stradbakken (2003) s.37 og s.29

¹⁷¹ Andenæs(2013) s.160-161

¹⁷² Andenæs(2012) s.161

¹⁷³ Se Stradbakken(2003) s.339-340

overlate vurderingen til dommerens skjønn for om det foreligger tilstrekkelig bevis i saken eller ikke.¹⁷⁴

Dersom man fastsetter et beviskrav vil man unngå subjektive elementer vedrørende valg av beviskrav. Fra samme utgangspunkt kan reduksjon av subjektive elementer i bevisvurdering, som til tider kan være preget av feilkilder og ulik behandling, også tale i beviskravets favør. Strandbakken argumenterer for at det bør oppstilles retningslinjer for bevisvurderingen for å redusere subjektive elementer og rasjonalisere bevisvurderingen.¹⁷⁵

6.2 Hva ligger i «rimelig» tvil?

Uttrykket «rimelig tvil» er vag og skjønnsmessig, og vi må derfor studere andre rettskildfaktorer for å se på det nærmere innholdet av begrepet. I det følgende vil vi se på rettspraksis og juridisk teori og deres forståelse om hva som ligger i «rimelig tvil».

6.2.1 Høyesteretts praksis

Beviskravet i straffesaker, er som førstvoterende i storkammeravgjørelsen formulerte det; ”tilnærmet sikkert”.¹⁷⁶ Her kreves det altså høy grad av sikkerhet eller sannsynlighet for domfellelse.

Rettspraksis har i en rekke dommer eller deler av dommer opphevet underinstansen avgjørelse på grunn av ikke tilstrekkelig grad av sannsynlighet som kreves for domfellelse. I den forbindelse vises til Rt.1994s.1521,Rt. 1994 s763,Rt.1978 s.882, Rt. 1983 s. 1474. Alle disse saker hadde underinstansen en uriktig forståelse av beviskravet. Beviskravet som hører til rettsanvendelsen kan derfor alltid prøves av Høyesterett inn under rettanvendel-

¹⁷⁴ Strandbakken(2003) s.340

¹⁷⁵ Strandbakken(2003) s.340

¹⁷⁶ Jfr. Rt. 2008 s. 1409(avsnitt 40)

sen.¹⁷⁷ Likevel har Høyesterett ikke fastsatt noe nærmere innhold av hva som ligger i det strenge beviskravet.

Vedrørende om tvilsprinsippet gjelder for hvert bevismoment, eller om man skal se bevisenes samlet og deretter avgjøre hvor mye rimelig tvil som foreligger, uttalte Høyesterett følgende: «... Bevisbedømmelsen beror ofte på en vurdering av flere momenter som hver for seg kan ha ulik bevisstyrke. *Det kreves ikke at hvert enkelt moment skal være bevist utover enhver rimelig tvil, så lenge det etter en samlet vurdering av momentene ikke er rimelig tvil om konklusjonen.* Dette må også gjelde når et mulig straffbart forhold som ikke omfattes av tiltalen, er trukket inn som et bevismoment ... »(min uth.).¹⁷⁸

Teoretisk tvil er ikke omfattet av rimelig tvil.¹⁷⁹ Utenom disse prinsipielle avgjørelser fra Høyesterett, har vi ingen nærmere avgjørelser som presiserer det nærmere innholdet av rimelig tvil.

6.2.2 Juridisk teori - omfatter ikke teoretisk tvil

Ifølge juridisk teori er teoretisk tvil ikke omfattet av «rimelig tvil».¹⁸⁰ Dette har sammenheng med absolutt erkjennelse, og evnen filosofisk sett til å tvile på alt. Den muligheten til å kunne tvile på alt, er det som blant annet Bratholm og Slettan/Øie kaller for teoretisk tvil.¹⁸¹ Strandbakken understreker at det å angi det nærmere beviskravet synes å være et universelt problem.¹⁸²

¹⁷⁷ Andenæs(2012)s.544

¹⁷⁸ Jfr. Rt. 2005 s.1353(avsnitt 14)

¹⁷⁹ Rt. 2001 s.1467(s.1474-2475)

¹⁸⁰ Andenæs(2012) s161, Slettan/Øie(1997) s.31, Bratholm(1980) s.95

¹⁸¹ Bratholm(1980) s.95 og Slettan/Øie(1997)s.31

¹⁸² Strandbakken(2003) s.358

Likevel uttaler Andenæs at absolutt visshet forekommer sjelden eller aldri. En slik absolutt visshet som kan utelukke enhver tenkelig tvil kreves ikke for domfellelse.¹⁸³ Andenæs formulerer dette som at det kreves «rimelig tvil» for at tvilen skal komme tiltalte til gode.¹⁸⁴ Bratholm er enig i dette, men mener at det kun er forstandig eller fornuftig tvil som kommer tiltalte til gode.¹⁸⁵ Mæland formulerer beviskravet som «enhver rimelig eller fornuftig tvil» kommer tiltalte til gode.¹⁸⁶

Eckhoff uttaler at det er en grense for hvor stor del av tvilsrisikoen en bør belaste påtalemyndigheten med. Han uttaler ”Om en f.eks. krevde at den skulle føre et 100 % sikkert bevis for tiltaltes skyld, ville det bli alt for vanskelig å få forbrytere dømt, og straffebudenes preventive virkning ville svekkes merkbart”.¹⁸⁷ Her uttaler Eckhoff ikke om den nærmere tvilsrisikoen, men nøyer seg med å uttale at den har en grense, og at et beviskrav på 100 % ville svekket effektiviteten til straffesystemet. Jeg forstår derfor Eckhoff dithen at han er kritisk til å oppstille et beviskrav på 100 % i straffesaker. Likevel må det forstås at beviskravet er strengt i straffesaker.

6.3 Foreløpig oppsummering

På bakgrunn av rettspraksis og juridisk teori trengs det ikke absolutt visshet for å avsi en fellende dom. Strandbakken oppsummerer beviskravet de lege lata for domfellelse nøkternt og presist: ”... for å avsi fellende dom må retten føle seg *trygg og overbevist* om at det faktum som ligger til grunn for dommen er riktig.”(min uth.)¹⁸⁸ Her er det den subjektive overbevisningen til dommeren som blir lagt til grunn.

¹⁸³ Andenæs(2012) s.161

¹⁸⁴ Andenæs(2012) s.160-161

¹⁸⁵ Bratholm(1980) s.95

¹⁸⁶ Mæland(1999) s.143

¹⁸⁷ Eckhoff (1943) s.111

¹⁸⁸ Strandbakken(2003) s.366

Ifølge høyesterettspraksis og juridisk teori er det heller ikke avklart hva som nærmere ligger i «rimelig tvil». En nærmere forklaring av det nærmere innhold av beviskravet, kan være bedre egnet til å forvirre enn til å klargjøre.¹⁸⁹ En bør derfor være forsiktig og vise tilbakeholdenhet med å forsøke å beskrive det nærmere innhold av beviskravet fult ut.¹⁹⁰

7 REKKEVIDDEN TIL IN DUBIO PRO REO-PRINSIPPET – GENERELT OM MATERIELLE VILKÅR FOR STRAFF

Ifølge juridisk teori, er det uklart om rekkevidden til in dubio pro reo-prinsippet.¹⁹¹

7.1 Anvendelsesområde

In dubio pro reo-prinsippet er ifølge juridisk teori en del av både bevisbyrderegler og beviskravs regler¹⁹², og hører derfor til rettsanvendelsen.¹⁹³ En kan derfor anke over en lagmannsretts dom med utgangspunkt i at bevisbyrdereglene eller beviskravsreglene under rettsanvendelsen er uriktig anvendt.¹⁹⁴ Over tingrettens dom kan man anke til lagmannsretten og få en ny runde der.¹⁹⁵ Anken kan også skje til Høyesterett, da Høyesterett kun er avskåret fra å prøve bevisvurderingen under skyldspørsmålet.¹⁹⁶ Høyesterett kan derfor fult ut prøve lovanvendelsen under skyldspørsmålet, saksbehandlingen og straffeutmålingen.

Da in dubio pro reo-prinsippet normalt skjer under bevisvurderingen, er det derfor ikke lett å få med seg om prinsippet er riktig anvendt med lagrette under lagmannsretten da man

¹⁸⁹ Strandbakken(2003) s.366

¹⁹⁰ Jfr. Strandbakken(2003) s.366 og Rt. 1979s.143 om beviskravet for tilregnelighet

¹⁹¹ Strandbakken(2003) s.373, jfr. s.29

¹⁹² Om terminologien se pkt 1.5.1

¹⁹³ Andenæs(2012) s.544

¹⁹⁴ Se. F.eks Rt.1978 s.882 og Rt.1983 s.1474 som alle gjaldt uriktig forståelse av hva som kreves for domfellelse.

¹⁹⁵ Gjelder særlig saker som har en strafferamme på mer enn 6 år Jfr.Strpl.§321(3)

¹⁹⁶ Jfr. Strpl.§306(2)

ikke vet hva lagretten har funnet bevist i saken.¹⁹⁷ Ved meddomsrett kan Høyesterett prøve domsgrunnene for å undersøke om prinsippet er riktig anvendt.¹⁹⁸ Ved lagrette kan Høyesterett prøve om beviskravet er riktig anvendt når rettsbelæringen er protokolert. Likevel må det sies at Høyesteretts prøvingsadgang over lagmannsretten avgjørelse er i realiteten betydelig redusert dersom lagmannsretten har vært satt med lagrette enn ellers.¹⁹⁹

En måte Høyesterett har løst utfordringen med å prøve om In dubio pro reo-prinsippet er riktig avendt, er å prøve rettsbelæringen eller domsgrunnene i dommen vedrørende det sivile krav om erstatningen ved dommene. Særlig er dette aktuelt i en lang rekke saker som har kommet opp til Høyesterett, om lagmannsrettens bevisvurdering av det sivile krav vedrørende om oppreisningen skapte tvil om tiltaltes uskyld når han ble frikjent fra det straffbare forholdet.²⁰⁰ Ved å studere hva lagmannsretten har uttalt om beviskravet til oppreisningen, vil man få et vesentlig bilde om hva retten har lagt til grunn som bevist i saken, og indirekte fremgå hvilke momenter som har skapt rimelig tvil. Beviskravet til oppreisningen henger nært sammen med beviskravet i straffesaken.

7.2 Er bevisbyrden likt for alle straffbarhetsvilkår?

Man kan videre stille spørsmål om bevisbyrden – bevisføringsansvaret, er likt for alle straffbarhetsvilkårene? Ifølge juridiske teori og rettspraksis, er det uomtvistet at påtalemyndigheten har bevisbyrden for at de objektive vilkår for straff i et straffebud er oppfylt.²⁰¹ Ifølge Strandbakken er det universell tilslutning at påtalemyndigheten har bevisbyrden for de objektive straffbarhetsvilkårene.²⁰²

¹⁹⁷ Andenæs(2012) s.546

¹⁹⁸ Jfr. Strpl.§40(5) og Andenæs(2012) s.544

¹⁹⁹ Andenæs(2012) s.545

²⁰⁰ Se. f.eks. Rt.2008 s.1292

²⁰¹ Strandbakken(2013) s.381, Andenæs (20212) s.160, Bratholm(1980) s. 96, Slettan/Øie(1997) s.32

²⁰² Strandbakken(2003) s.381

Andenæs mener at påtalemyndighetens bevisbyrde omfatter alle straffbarhetsvilkår.²⁰³ Dette omfatter altså både de subjektive og objektive straffbarhetsbetingelser, samt frihetsgrunner og tilregnelighetsspørsmålet.

I Rt. 1999 s.902 ble det uttalt følgende om bevisbyrdens²⁰⁴ rekkevidde:

«Beviskravet gjelder både i objektiv og subjektiv henseende, og slik at rimelig tvil må komme tiltalte til gode»²⁰⁵ (min uth.)

Bevisførselen for frihetsgrunner og tilregnelighetsspørsmålet blir som regel ikke ført i retten av påtalemyndigheten, med mindre det foreligger konkrete holdepunkter for det.

7.3 Er beviskravet – krav til bevisets styrke - likt for alle straffbarhetsvilkår?

Terskelen for beviskravet er høyt for det objektive vilkåret. Forholdet må være bevist utover enhver rimelig tvil.

Andenæs slår fast at det ikke er omtvistet at det stilles strengere krav til det objektive straffbarhetsvilkåret enn det stilles til tilregnelighet eller andre subjektive straffbarhetsvilkår.²⁰⁶ Formålet til in dubio pro reo-prinsippet spiller et sentralt poeng bak gjeldende rett. For å hindre at uskyldige dømmes, tilsier det at dersom staten skal påføre en borger et onde, så må den i tillegg til å ha bevisbyrden, ha et strengt beviskrav for det objektive vilkåret, slik at straffen får en legitimitet.²⁰⁷

²⁰³ Andenæs(2012) s.160

²⁰⁴ Her bruker retten begrepet beviskrav, men innholdet i konteksten referer til bevisbyrden.

²⁰⁵ Side903

²⁰⁶ Andenæs(2012) s.161

²⁰⁷ Strandbakken(2003) s.381

Beviskravet om tilregnelighet og andre subjektive straffbarhetsbetingelser er ikke like strengt ifølge juridisk teori.²⁰⁸ En sannsynlighetsovervekt er ikke tilstrekkelig til domfellelse for objektive eller subjektive straffbarhetsvilkår. Om dette uttaler Høyesterett:

«...For at domfellelse skal kunne skje kreves at påtalemyndigheten må ha ført *fullt bevis for det faktiske forhold, både i objektiv og subjektiv henseende, og slik at rimelig tvil skal komme den tiltalte til gode*. En « overveiende sannsynlighet » er ikke tilstrekkelig»²⁰⁹ (min uth).

Likevel er subjektiv skyld gradert.²¹⁰ Det subjektive vilkåret for skyld er etter hovedregelen forsett.²¹¹ Forsett har også flere former.²¹² Den subjektive skylden kan også være uaktsomhet²¹³, streng aktsomhetsplikt²¹⁴ eller rent objektivt straffbarhetsvilkår.²¹⁵

I spørsmål om tiltalte er tilregnelig er det av rettspraksis oppstilt et mildere beviskrav enn de øvrige straffbarhetsvilkår.²¹⁶ Dette er også forankret i forarbeidene og juridisk teori.²¹⁷ I Rt. 1979 s.143 uttalte Høyesterett at beviskravet for tilregnelighet er generelt lavere enn det objektive straffbarhetsvilkåret, men likevel at sannsynlighetsovervekt ikke var nok.

²⁰⁸ Andenæs(2012)s.161

²⁰⁹ Jfr. Rt.1978 s.882

²¹⁰ Se. Rt.1983 s.682

²¹¹ Strl. § 40(1)

²¹² Matningsdal(2012) note 378

²¹³ Strl. § 40(1)(2)

²¹⁴ Rt. 2005 s.833(plenum) jfr. Strl. §§195(3) og 196(3).

²¹⁵ Veitrafikkloven§22(2)

²¹⁶ Jfr. Rt.1979 s.143 og Rt. 2003 s.23

²¹⁷ Ot.prp. nr. 87(1993-1994) s.114-115, NOU 1990:5 s.53 og Strandbakken(2003)s.405-406

Et sentralt spørsmål i Breivik saken var spørsmålet om tiltaltes tilregnelighet.²¹⁸ Spørsmålet kom på spissen når 2 sakkyndige rapporter konkluderte i hver sin retning om tiltaltes tilregnelighet.²¹⁹ Etter rettspraksis skulle tvilen som var kommet gjennom de sakkyndige rapportene, være nok til at rimelig tvil forelå i den konkrete saken.²²⁰ Høyesterett har tidligere uttalt at dersom de sakkyndige kommer til forskjellig konklusjon i samme rapport, bør tiltalte frifinnes for straff: «*Skulle de rettspsykiatrisk sakkyndige komme til forskjellig konklusjon, må tiltalte etter min mening frifinnes for straff med mindre retten - det vil si lagretten i saker som behandles ved lagmannsrett - skulle finne at det ikke kan være noen rimelig tvil om at tiltalte var tilregnelig på gjerningstiden*»²²¹ (min uth.)

Det tingretten gjør i Breivik saken, er at de kommer seg unna in dubio pro reo-prinsippet i tilregnelighetsspørsmålet ved å eliminere tvilen, og konkluderer med at det ikke foreligger tvil rundt tiltaltes tilregnelighet.²²² Tingretten gav seg ikke der, men uttalte også at det var «bevist utover enhver rimelig tvil» at tiltalte var tilregnelig på gjerningstidspunktet.²²³ Ved det siste kan man få en oppfatning om at retten har oppstilt et strengt beviskrav i tilregnelighetsspørsmålet. Antageligvis var dette gjort for å fjerne spekulasjoner om tiltaltes tilregnelighet og for å lukke saken for godt.²²⁴ Dette fordi beviskravet for tilregnelighetsspørsmålet som påpekt er lavere enn bevist utover enhver rimelig tvil etter rettspraksis.

Terskelen for beviskravet vedrørende straffrihetsgrunner er ikke like strengt som det objektive vilkåret. Det er derfor at resultatet ifølge Andenæs må bli frifinnende, dersom det fore-

²¹⁸ RG.2012 s.1153 pkt.6

²¹⁹ RG.2012 s.1153 pkt.6.2og6.8

²²⁰ Jfr. Rt. 1979 s.143

²²¹ Rt. 1979 s.143

²²² Se note210

²²³ RG.2012 s.1153 pkt.6.8

²²⁴ Da tingretten legger til grunn samme forståelse av beviskravet som er lagt til grunn i Rt.2003 s.23, som bygger på Rt. 1979 s.143

ligger rimelig tvil ved et eller flere sider av straffbarhetsbetingelsene, herunder frifinnelsesgrunner og tilregnelighetsspørsmålet.²²⁵

7.3.1.1 Er in dubio pro reo-prinsippet i lys av uskyldspresumsjonen til hinder for at staten opererer med et objektivt straffansvar i strl. § 195(3)²²⁶

Hovedregelen for skyld i straffesaker er forsett.²²⁷ Unntaksvis kan forsetts formen være uaktsomhet. Det siste må som regel stå særskilt i straffebudet²²⁸. Et spesielt tilfelle er strl. § 195(3) som nevner at villfarelse om alder ikke utelukker straff i henhold til bestemmelsen.

Strl. § 195(3) oppstiller her et objektivt vilkår for straffeskyld. Skyldgraden i henhold til villfarelse om alder er derfor irrelevant. Sammenlignet med strl. § 196(3) er skyldkravet «*med mindre ingen uaktsomhet foreligger i så måte.*» (min uth.). Det siste er et «meget strengt kriterium», for her må tiltalte utøve en form for aktivitetsplikt for å bli omfattet av villfarelse om alder.²²⁹

I Rt. 2005 s. 833 kom spørsmålet om skyldkravet i strl. § 195(3) var i strid med uskyldspresumsjonen på spissen. Her konkluderte Høyesterett i plenum enstemmig med at lovbestemmelsen var i strid med uskyldspresumsjonen jfr. EMK art. 6 nr. 2.²³⁰ Det måtte derfor innfortolkes en reservasjonsregel tilsvarende den som står i strl. § 196(3) om «*med mindre ingen uaktsomhet foreligger i så måte.*» (min uth.) for å unngå motstrid med konvensjonen.

Fra et rettskildemessig perspektiv, står man overfor en lovtekst som er i strid med en regel i EMK, og skal ifølge ml. § 3 og strl. § 1(2) ved motstrid gå foran nasjonal lovgivning.

²²⁵ Andenæs(2012) s.160.

²²⁶ Problemstillingen er blitt stilt i strandbakken(2003) s.30

²²⁷ Jfr. Strl.§40(1)

²²⁸ Jfr. Strl.§40(1)

²²⁹ Jfr. Rt.2005 s.833(avsnitt88)

²³⁰ Rt.2005s.833(avsnitt87)

Domstolene er ellers forpliktet til å følge plenumsavgjørelsen og reglene i ml. § 3 som gir EMK forrang ved motstrid mellom nasjonal lovgivning.

EMD har ellers akseptert at man innenfor visse rammer, kan operere med objektive reguleringer innen strafferetten.²³¹ Likevel må det vises forsiktighet, der hvor tiltalte ikke har noen mulighet for forsvar i alvorlige saker, jfr. EMK art. 6 nr.1.²³²

7.3.2 Gradering av beviskravet for noen sakstyper i praksis? Høyere grad av beviskrav ved alvorlige forbrytelser enn ved små forseelser

Vi har ingen rettspraksis som uttrykkelig har sagt at det er greit at beviskravet kan legges lavere i mindre alvorlige saker.²³³

Det er likevel antatt i teorien at de legislative hensyn bak in dubio pro reo-prinsippet ikke gjør seg like gjeldende med full styrke ved mindre alvorlige forbrytelser. Andenæs hevder videre at en dommer vil kreve en høyere grad av visshet for å domfelle for drap enn for en trafikkforseelse.²³⁴ Jo mer alvorlig en forbrytelse er, desto høyere grad av visshet trengs det. Tilsvarende oppfatning har Hov²³⁵, Bratholm²³⁶, Johnsen²³⁷ og Strandbakken²³⁸.

Andenæs mener likevel at det ikke er tvil om at det i praksis skjer en viss gradering av hva som betraktes som en «rimelig tvil».²³⁹ En empirisk undersøkelse foretatt av Stridbeck og

²³¹ Se som eksempel *Salabiaku v. France*, *Vastberga Taxi Aktiebolag and Vulic v. Sweden*. For en utførlig oversikt se Strandbakken(2003) s.31. Se også førstvoterendes samme forståelse i Rt.2005 s.833.

²³² Jfr. Rt.2005s.833(avsnitt88)

²³³ Andenæs(2012) s.161 og Hov(2010) s.815

²³⁴ Andenæs(2012) s.161

²³⁵ Hov(2010) s.814-815

²³⁶ Bratholm(1980) s.95-06

²³⁷ Johnsen(1987) s.198

²³⁸ Strandbakken (2003) s.550-555.

²³⁹ Andenæs(2012) s.161

Bratholm bekrefter at meget taler for at det ofte praktiseres noe forskjellige beviskrav for ulike sakstyper.²⁴⁰

8 REKKEVIDDEN TIL IN DUBIO PRO REO-RPINSIPPET VED USKYLDSPRESUMSJONEN

8.1 Innledning

Her vil jeg problematisere rekkevidden til in dubio pro reo-prinsippet ved uskyldspresumsjonen i sedelighetssaker og særlig overgrepssaker mot barn. Jeg skal ta for meg et utvalg av konkrete tilfeller fra rettspraksis der tiltalte blir frikjent for det straffbare forholdet tiltalen gjelder, men likevel dømt til å betale oppreisning til fornærmede i ett og samme sak.

Underrettspraksis vil bli brukt for å studere hvilke tilfeller som fører til frifinnelse på grunnlag av in dubio pro reo-prinsippet.

8.2 De lege lata

Gjeldende rett basert på Høyesterettspraksis, sammenholdt med EMDs praksis, har slått fast at uskyldspresumsjonen ikke blir krenket når en tiltalte blir dømt til å betale oppreisning for samme straffbare forhold som han er blitt frikjent fra i et og samme sak. Forutsetningen er at det må stilles krav til begrunnelsen, slik at dette ikke skaper tvil om riktigheten av frifinnelsen.²⁴¹

Man kan også problematisere om det sivile krav i saker hvor vedkommende blir frikjent for et straffbart forhold er å anse som en dobbeltstraff eller at saken om oppreisning må reises i

²⁴⁰ Stridbeck & Bratholm(1998) s.342

²⁴¹ Jfr. Rt.2012 s.47, Rt.2009 s.1456, Rt.2008 s.1292 ,Rt.2004 s.970, Rt.2005 s.334, Rt 2004 s.32, Rt.2003 s.1671 , Rt.2003 s.256, Rt.1999 s.1363, Rt.1999 s.864, Rt.2007 s.1601, Rt.2007 s.40 Rt.2007 s.1601(avsnitt 12),samt Y og Ringvold mot Norge(EMD),Orr mot Norge(EMD). Se også Rt.2003 s.1671 som gjennomgår EMD dommene Y og Ringvold mot Norge

en separat sak²⁴² Men jeg avgrenser meg mot denne drøftelsen da det faller utenfor oppgavens rekkevidde. Her kan det kort nevnes at senere Høyesterettspraksis²⁴³, samt EMDs praksis²⁴⁴ har sagt at det ikke er noe i veien at for at fornærmedes erstatningskrav fremmes i tilknytning til straffesaken, etter at tiltalte er frifunnet for straff, så lenge det ikke «skapes en klar forbindelse til straffesaken ved å uttrykke seg på en måte som kan reise tvil om riktigheten av frifinnelsen for straffekravet».²⁴⁵ Tilsvarende er det slått fast av EMD at et en oppreisning ikke er å anse som straff etter konvensjonen.²⁴⁶

Høyesterett formulerer rettstilstanden oppsummeringsvis i Rt. 2009 s. 1456:

«Det er sikker rett – og ikke omtvistet – at frifinnelse i en straffesak ikke er til hinder for at det i samme sak kan pådømmes sivile krav dersom retten kommer til at det foreligger klar sannsynlighetsovervekt for at handlingen er begått. Men det stilles da krav til utformingen av domsgrunnene - begrunnelsen må ikke rokke ved frifinnelsen eller skape tvil om riktigheten av den...»²⁴⁷

Beviskravet for det straffbare forholdet ved disse overgrepssakene er «tilnærmet sikkert»²⁴⁸, mens beviskravet for oppreisning er «klar sannsynlighetsovervekt»²⁴⁹

Om momentene for om det foreligger tvil ved uskylden, se oppsummeringsvis Rt. 2007 s. 1601 avsnitt 13.

²⁴² Jfr. annen voterende i Rt.1999 s.1363(Karmøysaken)

²⁴³ Se f.eks Rt.2009 s.1456(avsnitt28) og Rt.2008s.1292

²⁴⁴ Se EMDs dommene Y mot Norge(avsnitt41 og 42), Ringvold mot Norge(avsnitt37 og 38)og Orr mot Norge

²⁴⁵ Jfr. Rt.2009 s.1456(avsnitt 12) og Rt.2003 s.256 (avsnitt31)

²⁴⁶ Se note247

²⁴⁷ Avsnitt28

²⁴⁸ Jfr. Rt.2008 s.1409 (storkammer) avsnitt40

²⁴⁹ Se Rt.1999 s.864

Om relevansen til in dubio pro reo-prinsippet ved disse saker, uttaler førstvoterende i Rt. 2008 s.1292 (avsnitt31 siste punktum): «Frifinnelsen må – ut fra sammenhengen – *åpenbart* ha bygget på at lagretten kom til at det *forelå rimelig tvil om disse forklaringene var riktige*. »Her presiseres det at kravet til in dubio pro reo-prinsippet er det som har vært utslagsgivende for frifinnelsen i saken. Tilsvarende er in dubio pro reo-prinsippet den frifinnende årsaken blant de sakene som er behandlet for lagmannsrett og Høyesterett, hvor tiltalte blir frikjent for det straffbare forholdet, men likevel dømt til å betale oppreisning.²⁵⁰

Oppsummerings vis og basert på en gjennomgang av rettspraksis kan det påpekes at uskyldspresumsjonen gjelder også etter at en frifinnende dom er på plass. Etter gjeldende rett er det heller ikke noe i veien for at man kan bli dømt til å betale oppreisning, tross at man er blitt frikjent for det straffbare forholdet tiltalen gjelder. Likevel kan forholdet krenke uskyldspresumsjonen art. 6 nr. 2 når det er skapt en slik tvil rundt uskylden til den frikjente. Derfor kan en studie av omstendighetene ved disse sedelighetssakene, kaste lys over gråsonen og hva denne tvilen gikk ut på. Særlig en studie av underrettspraksis og deres bevisvurdering om det foreliggende faktum kan være interessant, for å kunne trekke ut noen konkrete momenter.

8.3 Gråsonen mellom beviskravet ”tilnærmet sikker” og ”klar sannsynlighetsovervekt” – når blir tvilen frifinnende?

Etter sikker rettspraksis og juridisk teori, vil en tiltalte bli frikjent for en straffedom, dersom retten finner at beviskravet i den konkrete saken er ”klar sannsynlighetsovervekt”.²⁵¹

²⁵⁰ For oversikt over rettspraksis om dette se pkt.8.4 og 8.5

²⁵¹ Jfr. Rt.1996 s.864 – her ble tiltalte frikjent for et incestforhold, men dømt til å betale oppreisning da faktum tilfredstilte beviskravet om ”klar sannsynlighet”. Avgjørelsen er fulgt i en rekke senere avgjørelser, se f.eks. Rt.2009 s.1456, Rt.2008 s.1292 og Rt. 2003 s.1671

Det er også på det rene anerkjent i rettspraksis og juridisk teori at kravet om ”klar sannsynlighetsovervekt” er høyere enn det alminnelige beviskravet i sivilesaker «sannsynlighetsovervekt». ²⁵² Dette særlig når det alminnelige beviskravet i erstatning er sannsynlighetsovervekt, men hvor beviskravet måtte skjerpes i tiltaltes favør da det er et sterkt belastende faktum som blir tillagt i tiltaltes disfavør ved disse dommene. ²⁵³

Et interessant utgangspunkt, er at dersom det foreligger rimelig tvil som kan nærme seg klar sannsynlighetsovervekt, må resultatet basert på rettspraksis være at tiltalte blir frikjent. ²⁵⁴

På den annen side, må det også presiseres at dersom tvilen er litt under ”tilnærmet sikkert” ²⁵⁵ må det være forsvarlig at tvilen ikke automatisk fører til frifinnelse. Dette har sammenheng med at tvilen da ikke har karakter av å være «rimelig tvil».

I Rt. 1996 s. 884 foretar førstvoterende en troverdighetsvurdering av fornærmede i en incestsak, og kommer til at det fremlagte faktumet tilfredsstiller beviskravet ”klar sannsynlighet” og ikke ”tilnærmet sikkert” som ellers er beviskravet i straffesaker. Høyesterett frikjenner faren for incestforholdet, men dømmer han til å betale en oppreisning til datteren. Førstvoterende gjennomgår troverdighetsvurderingene grundig. Likevel konkluderer Høyesterett at beviskravet er klar sannsynlighetsovervekt. Dette til tross for at han ble frikjent i lagmannsretten.

I Rt. 2011 s. 641 var situasjonen lignende, men forholdet gjaldt om lagmannsrettens dom skulle oppheves pga. manglende begrunnelse av domsgrunnene i dommen. Her ble tiltalte

²⁵² Se f.eks. Rt.2008 s1409(storkammer),Rt.1999 s.1363(s.1379), Rt.1999 s.13, Rt1996 s.884, Rt.1995 s.1641, Rt.1990 s.1082, Rt.1990 s.668, Rt.1987 s.657, Rt.1985 s.211

²⁵³ Se blant annet Rt.1996 s.864(Ringvold)

²⁵⁴ Se f.eks. Rt.2003 s.1671

²⁵⁵ Rt. 2008 s1409(avsnitt40)

frikjent i tingretten, men dømt i lagmannsretten for incestforhold mot sin datter. Høyesterett konkluderte med at det forelå et springende punkt i saken som måtte begrunnes, som lagmannsretten hadde unnlatt. Det springende punktet var rimelig tvil som kom tiltalte til gode i første instans, men ikke i andre instans. Lagmannsrettens dom ble derfor opphevet.

I en annen dom inntatt i Rt.2009 s.2179 uttales det om de forhold som gjør at det skapes tvil rundt tiltaltes uskyld:

«Når lagmannsretten godtok lagrettens kjennelse, er det grunn til å tro at retten mente at det også forelå bevis som støttet As forklaring, og som skapte rimelig tvil om hans strafferettslige skyld. Dette kommer imidlertid ikke frem i domsgrunnene. Lagmannsretten har ikke gitt noen begrunnelse for hvorfor den ikke satte lagrettens kjennelse til side – noe den ville hatt anledning til hvis den fant det utvilsomt at han var skyldig, jf. straffeprosessloven § 376a. Den har heller ikke ved bevisvurderingen for erstatningskravet trukket inn de bevis som støttet As forklaring. Og ikke noe sted er det understreket at idømmelsen av erstatningsansvaret ikke rokker ved frifinnelsen for straffekravet.» (min uth).²⁵⁶

Det må derfor være forsvarlig å konkludere med at det er en gråsoner mellom beviskravet «klar sannsynlighetsovervekt» og «tilnærmet sikkert». ²⁵⁷ Av 13 saker som kom opp til Høyesterett der tiltalte ble frifunnet for det straffbare forholdet, men likevel dømt til å betale erstatning konkluderte Høyesterett i 9²⁵⁸ av sakene med at uskyldspresumsjonen i EMK art. 6 nr. 2 var krenket. Dette viser at det er en glidende overgang mellom det skjerpede beviskravet i sivilprosessen og det strenge beviskravet i straffeprosessen, da lagmannsretten ved enkelte anledninger hadde uttrykt seg i bevisvurderingen på en slik måte at de nærmet

²⁵⁶ Avsnitt36

²⁵⁷ Se f.eks Rt.2009 s.2179 hvor retten konstaterer at underrettspraksis gikk langt i beskrivelsen av bevisvurderingen av det sivile kravet, og skapte tvil om rimelig tvil var riktig anvendt i saken-

²⁵⁸ Rt.2012 s.47, Rt.2009 s.1456, Rt.2008 s.1292, Rt.2004 s.970, Rt.2005 s.334, Rt.2004 s.321, Rt.2003 s.1671, Rt.2003 s.256, Rt.2007 s.40

seg beviskravet i strafferetten vedrørende tiltaltes uskyld når beviskravet for oppreisningen kun er «klar sannsynlighetsovervekt».²⁵⁹ Lagmannsretten hadde formulert seg på en måte som fjernet rimelig tvil, og dermed nærmet seg beviskravet for domfellelse i straffesaker. Høyesterett uttaler at bevisvurderingen «... indikerer så liten tvil om faktum at det ville vært tilstrekkelig til å straffedømme»²⁶⁰

8.4 Kan man utlede noen felles momenter av Høyesterettspraksis om anvendelsen av «rimelig tvil»?

Det er en rekke saker som har kommet opp til Høyesterett som omhandler in dubio pro reo-prinsippet, særlig i lys av et sivil rettslig krav om erstatning. Et spørsmål man kan stille er om in dubio pro reo-prinsippet har vært sentral for frifinnelse av det straffbare forholdet ved disse saker.

Når sakene ble anket til Høyesterett, var fordi formuleringen til bevisvurderingen av det sivile kravet til oppreisning var formulert på en slik måte at det voldte tvil rundt uskylden til den frikjente, og dermed mulig krenkelse av uskyldspresumsjonen jfr. EMK art. 6 nr. 2.

I gjennomgangen av sentral høyesterettspraksis på området, er det vanskelig å si at Høyesterett oppstiller noen generelle momenter for hva som kvalifiserer til frifinnelse ved in dubio pro reo-prinsippet. Høyesterett prøvde ikke de momentene som lagmannsretten hadde lagt til grunn for frifinnelse under bevisvurderingen, men la dem til grunn uten nærmere presisering. Det som likevel kan påpekes er rammene til in dubio pro reo-prinsippet som strekker seg til uskyldspresumsjonen i EMK art. 6 nr.2. Her har Høyesterett slått fast at rammene til in dubio pro reo-prinsippet gjelder fullt ut, og dermed at enhver tvil som rokker ved regelen om in dubio pro reo-prinsippet, er en tvil som rokker ved selve uskylden til den frikjente, som dermed krenker uskyldspresumsjonen i EMK art. 6 nr. 2.

²⁵⁹ Jfr. Rt.2008 s.1292(avsnitt32)

²⁶⁰ Rt.2008s.1292(asvnitt32)

Tross rimelig tvil vedrørende beviskravet for det straffbare forholdet, var dette ikke til hinder for at tiltalte i de fleste av sakene ble dømt til å betale oppreisning i henhold til det sivilrettslige skjerpede beviskravet.

I en annen sak, legger Høyesterett til grunn at lagmannsrettens aksept av juryens frifinnende kjennelse av det straffbare forholdet, er en indikasjon på at det forelå rimelig tvil i saken for å kunne frifinne den tiltalte. At man deretter foretar en bevisvurdering vedrørende oppreisningskravet som rokker ved denne tvilen, krenker uskyldspresumsjonen i EMK art. 6 nr.2. I Rt. 2008 s.1292 uttalte Høyesterett følgende:

«Lagmannsretten kan da ikke uttrykke seg på en måte som kan gi inntrykk av at den for sin del ikke har vært i tvil om riktigheten av forklaringene. Særlig den siste setningen... *kan etter mitt syn etterlate et inntrykk av at retten mener det ikke forelå rimelig tvil om det strafferettslige skyldspørsmålet. I en slik situasjon ville lagmannsretten hatt adgang til å sette lagrettens kjennelse til side etter straffeprosessloven § 376a. Når den ikke har gjort det, kan den ikke i stedet begrunne oppreisningsspørsmålet på en måte som indikerer så liten tvil om faktum at det ville vært tilstrekkelig til å straffedømme.* » (min uth) (og min understreking).²⁶¹

Slik at når lagmannsretten ikke trekker inn As forklaring som støtte ved disse dommene, at retten ikke bruker sin adgang til å tilsidesette juryens frifinnende kjennelse etter strpl. § 376a, så skaper dette tvil rundt den frikjentes uskyld. Lignende uttalelser finner man også i Rt. 2003 s.1673. Disse uttalelser er også bekreftet i en senere dom i Rt. 2009 s.1456(avsnitt36), hvor Høyesterett uttaler:

«Når lagmannsretten godtok lagrettens kjennelse, er det grunn til å tro at retten mente at det også forelå bevis som støttet As forklaring, og som skapte rimelig tvil om hans strafferetts-

²⁶¹ Avsnitt32

lige skyld. Dette kommer imidlertid ikke frem i domsgrunnene. Lagmannsretten har ikke gitt noen begrunnelse for hvorfor den ikke satte lagrettens kjennelse til side - noe den ville hatt anledning til hvis den fant det utvilsomt at han var skyldig, jf. straffeprosessloven § 376a. Den har heller ikke ved bevisvurderingen for erstatningskravet trukket inn de bevis som støttet As forklaring. Og ikke noe sted er det understreket at idømmelsen av erstatningsansvaret ikke rokker ved frifinnelsen for straffekravet.»²⁶²

Ved slike saker som krenker EMK art. 6 nr. 2 kan Høyesterett reparere feilen som har oppstått uten å måtte oppheve dommen. Om dette uttaler Høyesterett:

«Når det har skjedd en menneskerettskrenkelse, krever EMK artikkel 13 reparasjon – «remedy». Høyesterett har imidlertid i flere tidligere saker lagt til grunn at det er tilstrekkelig reparasjon at Høyesterett konstaterer at lagmannsretten har krenket uskyldspresumsjonen og tar avstand fra lagmannsrettens begrunnelse, se Rt-2008-1292 avsnitt 34 til 36 med videre henvisninger.»²⁶³

Ved alle disse sakene som kom til Høyesterett var det et fellestrekk at tiltalte var blitt frikjent i underinstansen på grunnlag av in dubio pro reo-prinsippet – da det var rimelig tvil som kom tiltalte til gode i form av frifinnelse. Høyesterett la særlig vekt på at «rimelig tvil» ikke skal rokkes ved, eller at det ikke voldes tvil om prinsippet, da prinsippet om rimelig tvil blir ansett som et utslag av uskyldspresumsjonen jfr. EMK art. 6 nr. 2.

Høyesterett er som regel forsiktig med å prøve bevisvurderingen under skyldspørsmålet til lagmannsretten, da deres kompetanse på feltet er avskåret.²⁶⁴ Slik at det er ganske relevant å se hva underrettspraksis og særlig lagmannsretten har lagt til grunn om det nærmere innholdet av «rimelig tvil». Vektingen til underrettspraksis vil ved disse anledninger ha større

²⁶² Jfr. Rt.2009 s.1456(avsnitt36)

²⁶³ Avsnitt39

²⁶⁴ Jfr. Strpl.§306(2)

rettskildemessig betydning enn andre underrettspraksis til ellers på grunn av Høyesteretts avskårede kompetanse.

8.5 Kan man utlede noen felles momenter av underrettspraksis om anvendelsen av «rimelig tvil»?

I lys av Høyesterettspraksis, vil en bevisvurdering fra lagmannsretten som behandler et oppreisningskrav, men uten å nevne noen av momentene til den rimelige tvilen som frifant den frikjente, vil etter en helhetsvurdering bli ansett som krenkende til EMK art. 6 nr. 2.²⁶⁵ Dette kan derfor være en oppfordring og en plikt til lagmannsretten om å formulere tydelige domsgrunner eller rettsbelæringer, og dermed inkludere flere av momentene til in dubio pro reo-prinsippet som man la til grunn for frifinnelsen for å unngå strid med EMK.

En analyse av lagmannsrettens praksis på de tilfeller hvor siktede blir frikjent for det straffbare forholdet, men likevel dømt til å betale erstatning, vil kaste lys over hva retten har lagt til grunn som rimelig tvil som grunnlag for frifinnelsen.

I en lagmannsretts dom ble en tiltalt frikjent for seksuelle overgrep mot 2 av nabo jentene, da det forelå rimelig tvil. Avgjørelsen ble avsagt under dissens (3-4). Tiltalte ble likevel dømt til å betale oppreisning.

Mindretallet uttalte følgende om hva som ligger i rimelig tvil: «Lagmannsrettens bestemte mindretall viser til at tiltalte bare kan kjennes skyldig etter tiltalen om det er bevist utover en hver rimelig og forstandig tvil at de objektive og subjektive vilkårene er oppfylt. *Det vil, etter mindretallet syn, foreligge « rimelig tvil » dersom tiltaltes versjon av det påserte kan være fullt tenkbart og/eller i praksis være mulig. Domfellelse er følgelig bare aktuelt når det alternative scenario som følger av tiltaltes forklaring er nesten utenkbart eller i praksis umulig».*(min uth.)²⁶⁶

²⁶⁵ Jfr. Rt.2008 s.1292(avsnitt33)

²⁶⁶ Le-2009-180471

I en annen avgjørelse fra lagmannsretten hvor tiltalte ble frikjent på grunnlag av rimelig tvil, dissens (5-2) ble det påpekt følgende bevismomenter som fikk utslag for den tiltaltes frifinnelse. Tiltalte ble her likevel dømt til å betale oppreisning (LA-2011-24690).

«På den annen side kan det vanskelig utelukkes at tiltalte – som eldre mann – fant det vanskelig å forholde seg til Bs oppførsel, og at han synes det var flaut å meddele seg til andre om detaljer i en utagerende og til dels grenseløs atferd. Tiltaltes benektelse av anklagene bar preg av en ektefølt indignasjon som er sjelden i saker om seksuelle overgrep mot barn.»

Videre uttales det «Det synes klart at B har hatt en problematisk oppvekst. Hun har aldri møtt sin far og har utvilsomt savnet en farsfigur sterkt.»

I en annen incestsak var svakheter ved dommeravhøret avgjørende for at det forelå rimelig tvil, og dermed til frifinnelse: «Dommeravhør av barn er generelt problematiske med hensyn til bevisverdi og troverdighet... Lagmannsretten er derfor kommet til at de to foretatte avhørene – sammenholdt med bevisgrunnlaget i saken for øvrig – ikke er tilstrekkelig som grunnlag for en fellende dom. Det anses å være rimelig tvil med hensyn til hva som rent faktisk har skjedd, og etter alminnelige prinsipper for bevisbedømmelse i straffesaker må tvilen da komme tiltalte til gode og i denne saken lede til frifinnelse »²⁶⁷

I La-2008-161358, ble en tiltalt frikjent for voldtekt da han mente det hele var et frivillig samleie og at det var fornærmede som hadde tatt initiativet hjem hos tiltalte. Den frikjente ble likevel dømt til å betale oppreisning. I en annen voldtektssak, ble også tiltalte frikjent med utgangspunkt i at det var tvil om fornærmede hadde bidratt til handlingen.²⁶⁸

²⁶⁷ RG.2001 s.955

²⁶⁸ Jfr. LF-2002-886

I LB-2007-25208, var tvilen som kom tiltalte til gode i form av anklagelsens art. Anklagene var rettet mot at tiltalte hadde analsex på et offentlig bad til vanlige åpningstider hvor det var andre mennesker til stede. Særlig at fornærmede hevdet at den seksuelle handlingen var foretatt i dusjen, gjorde at dette samlet ble skapt en tvil om hvorvidt en seksuell handling hadde funnet sted.

I LA-2006-7912–gjaldt en jevnaldrende ung tiltalt, som var anklaget for voldtekt og overgrep mot mindreårig. Retten konstaterte at det var rimelig tvil vedrørende det første forholdet; voldtekt, men ikke det andre.

Lagmannsretten delte seg i to fraksjoner. Mindretallet som fikk bestemmende virkning for resultatet mente at det ikke var ført tilstrekkelig bevis for fysisk vold, heller ikke hadde huseieren til tiltaltes leilighet, hørt noen uvanlige lyder eller skrik, slik at mye av dette indikerte at det var frivillig samleie, og ikke bare preg av voldtekt.

I LB-2008-117989, ble en ung tiltalte frikjent for voldtekt, hvor antageligvis rimelig tvil var basert på frivillighet. Annerledes i denne saken, er at fornærmede fikk uvanlige psykiske smerter som kunne indikere seksuelle overgrep. Likevel anførte den tiltalte at fornærmede hadde lidd av depresjon i 10 klasse, hvor det var en viss årsakssammenheng mellom de psykiske hendelsene med tidligere sykehistorie. Det var altså ikke en direkte årsakssammenheng mellom skaden som oppstod i forbindelse med samleien og hennes forverres helsetilstand.

8.6 Kort oppsummert

Det kan oppsummeres med at alle saker som er gjennomgått i avhandlingen der hvor tiltalte er frikjent for det straffbare forholdet, men likevel dømt til å betale oppreisning, var in dubio pro reo-prinsippet hovedgrunnen til frifinnelsen. Til Høyesterett var spørsmålet om det var skapt tvil om tiltalte var uskyldig, tross at han ble frikjent på grunnlag av rimelig tvil i lagmannsretten. På grunn av Høyesteretts avskårede kompetanse med å prøve bevisvurderingen under skyldspørsmålet prøvde ikke retten de konkrete momentene som lå til grunn for frifinnelsen på grunnlag av rimelig tvil av underinstansen. Det måtte derfor en studie av

noen utvalgte dommer fra underrettspraksis for å fastslå de nærmere momenter for hva som ble lagt til grunn som rimelig tvil. Her ble det påpekt en rekke momenter som er av interesse for rimelig tvil i sedelighetssaker generelt.

9 Feilkilder ved vitnebeviset

9.1 Vitnepsykologisk forskning²⁶⁹

Ifølge Andenæs er vitneforklaringer det viktigste beviset i retten etter tilståelsesbeviset²⁷⁰.²⁷¹ Likevel må det konstateres at vitneforklaringer lider av en rekke feilkilder som ikke er til å unngå, ifølge juridisk teori.²⁷² Nedenfor vil jeg kort gjennomgå de mest sentrale feilkildene med vitneforklaringer generelt.

9.1.1 Barns forklaringer

Internasjonal forskning viser at små barn kan påvirkes gjennom ledende spørsmål, typisk fra intervjueren, samt at de har en tendens til å blande mellom virkelighet og fantasi.²⁷³ Små barn er dessuten mer sårbare enn voksne, når det gjelder sosial press fra andre barn og andre sosiale påvirkninger.²⁷⁴

9.1.2 Falske minner og feil hukommelse

I en artikkel i VG leser vi om terapi som skapte falske minner.²⁷⁵ Her kom forskerne med sjokkrapport om helsetilstanden ved terapeutisk behandling av incestofre. Magnussen rap-

²⁶⁹ Om tverrfagligheten og relevansen til jussen se Magnussen(2010)s.22,Smith(1986), Stridbeck&Magnussen(2007) s.258-261, Magnussen, Svein; Melinder, Annika Maria D; Raja, Abid Q; Stridbeck, Ulf(2008) s.472-482 , og Lie(2002) s. 37

²⁷⁰ Også kalt bevisenes dronning

²⁷¹ Andenæs(2012)s.175

²⁷² Andenæs (2012) s.167 og s. 175-178 og Hov(2010) s.799-801

²⁷³ Magnussen(2010) s.33 og Lange-Nielsen(2008) s 97.

²⁷⁴ Magnussen(2010) s.267

²⁷⁵ Kringstad(2009)

porterer at fagpersoner kan være med å skape falske minner om overgrep til barn som aldri har opplevd dette.²⁷⁶

9.1.3 Falsk forklaring

Tall fra USA viser at 20 prosent av uriktige avgjørelser, er basert på falske vitneforklaringer.²⁷⁷ I Norge rapporterer Lange-Nielsen at fra perioden 1995 og til og med 2007, var blant de 33 saker han har gjennomgått, 14 jenter/kvinner i alderen 12-24 år som hadde oppgitt uriktige opplysninger om overgrep.²⁷⁸ Det må derfor understrekes at motivet og evnen til å avgi en falsk forklaring er der i relativ stor utstrekning i vitneforklaringer, særlig i incestsaker i Norge. Gjenåpnede saker fra gjenåpningskommisjonen i perioden 2004-2012 som er basert på falsk forklaring, er heller ikke sjeldent.²⁷⁹

9.1.4 Troverdighet og pålitelighet

Nyeste vitnepsykologisk forskning viser at vi ikke har noen konkrete målestokk for å vurdere vitneforklaringer.²⁸⁰ Verken fagkyndige, fagdommere eller lekdommere, kan avsløre løgn, troverdighet eller pålitelighet bedre enn andre mennesker.²⁸¹ Det er en menneskelig feilkilde, og det er en tvetydighet ved vitnevurderingen av om et vitne snakker sant eller lyver.²⁸²

Vitnepsykologisk forskning har avklart en feilslutning som har vært vanlig i psykologisk henseende, nemlig å slutte direkte fra troverdighet til pålitelighet²⁸³. Forskning viser at det

²⁷⁶ Magnussen(2010) s.271 og 272

²⁷⁷ Rachlew(2009) s.13(figuren) og 15.

²⁷⁸ Lange-Nielsen (2008) s.146. For en oversikt over de 33 sakene som Lange-Nielsen har gjennomgått, se kapittel 7 og 12 i Lange-Nielsen(2008).

²⁷⁹ Kommisjonen for gjenopptakelse av straffesaker(2012)

²⁸⁰ Magnussen(2013) og Magnussen(2010) s.268

²⁸¹ Magnussen(2013)

²⁸² Magnussen(2013)

²⁸³ Magnussen(2010) s.31-32

ikke trenger å være en nødvendig sammenheng mellom at en person er troverdig og at det han sier er pålitelig

Likevel må det konstateres at tross vitnepsykologisk forskning, så har ikke vitenskapen kommet nærmere objektive, faste kriterier for å avsløre løgn, troverdighet og pålitelighet.²⁸⁴ Det nærmeste man har kommet i vitnepsykologien er å avsløre en rekke reelle feilkilder og feil slutninger som man ofte har hatt i forbindelse med vitner.²⁸⁵

9.1.1 Kort om tekniske bevis og forholdet til vitneforklaringer

Andenæs påpeker at tekniske bevis som er fremskaffet ved sakkyndige, gir oftere et sikrere grunnlag for resultatet enn det vitnebevis kan gi.²⁸⁶ Han legger vekt på den naturvitenskapelige utviklingen i område som stadig er stigende. Har man tekniske bevis i en sak, så kan man slutte sikrere fra disse bevisene. En kombinasjon av tekniske bevis og vitneforklaringer kan hjelpe at saken oppklares i mye større omfang enn man kan gjøre hvis det bare er vitneforklaringer. Man kan også bruke tekniske bevis til å evaluere troverdighet; f.eks. om det foreligger motstrid mellom vitneforklaringen og hva som er funnet av tekniske bevis fra et åsted. Her kan f.eks. et alibi i nærvær av et vitne, vise at det ikke foreligger et reelt alibi likevel.

9.2 Troverdighetsvurderinger mellom fornærmede og siktede – hvem snakker sant?

I Rt. 2011 s.641(avsnitt38) blir det slått fast at det i sedelighetssaker er adgang til å dømme kun basert på troverdighetsvurderinger av vitneforklaringer. Eskeland mener at dommen er klar, men er kritisk til at domstolene kan domfelle kun basert på vitneforklaringer i sedelig-

²⁸⁴ Magnussen(2010) s.268

²⁸⁵ Magnussen(2013)

²⁸⁶ Andenæs(2012)s.163.

hetssaker.²⁸⁷ På den annen side er Stigen av samme oppfatning som Høyesterett, men legger til at beviskravet også gjelder for vitneforklaringer, slik at for domfellelse kreves det at fornærmedes forklaring må fremstå som svært troverdig, mens siktedes forklaring må fremstå som svært utroverdig.²⁸⁸ Bare da kan man si at skyld er bevist utover rimelig tvil.²⁸⁹ Stigen begrunner dette med at det blant annet legges vekt på fortellingens kraft i retten.²⁹⁰

10 Prinsipielle uttalelser om bevisvurdering og bevisteoretiske modeller

10.1 Kort om bevisvurderingen generelt

Ifølge Hennum består bevisvurderingen i en straffesak av 3 trinn.²⁹¹ Først må man avklare bevistemaet; hva som skal bevises. Deretter må retten vurdere de enkelte bevisene som kan kaste lys over saken. Avslutningsvis må retten avgjøre bevisenes verdi og hvilke slutninger man kan trekke ut av dem.

Formålet bak bevisvurderingen er å fastslå faktum. At bevisvurderingen er fri, har sammenheng med den historiske utviklingen tidligere, hvor dommeren måtte bygge på legalbevis – at loven beskrev hvor mye vekt hvert bevis skulle tillegges i retten. Etter dagens ulovfestede regler er dommeren ikke bundet av slike regler om legalbevis.

10.2 Sikkerhetsgraden til bevisvurderingen.

Ifølge Johnsen er det knyttet prinsipiell usikkerhet til bevisvurdering generelt.²⁹² Bevisvurdering handler i første rekke om fortidige hendelser. Under bevisvurderingen er forsøket å

²⁸⁷ Eskeland(2013)

²⁸⁸ Stigen(2013)

²⁸⁹ Stigen(2013)

²⁹⁰ Stigen(2013)

²⁹¹ Se Hennum(1999) s.95 for samme oppdeling.

²⁹² Johnsen(1987)s.203

rekonstruere den historiske hendelsen mest mulig nøyaktig.²⁹³ Fortidige hendelser er umulige å iaktta direkte.²⁹⁴

Under bevisvurderingen skal dommeren foreta en rekke kompliserte slutninger fra bevisene som legges fram under hovedforhandlingen. «Slike slutninger kan gjøres med større eller mindre sikkerhet og etterlate større eller mindre tvil hos den som gjør dem».²⁹⁵

Om å fastsette generelle regler for tvilen, treffer Johnsen veldig godt når han uttaler følgende:

«Straffebestemmelsene spenner over et enormt spekter av menneskelig adferd. I realiteten vil store deler av den erkjennelse vi har i dag, kunne være relevant for strafferettslig bevisbedømmelse. *Dette betyr også at de mulige tvilstemaene kan variere – nær sagt i det uendelige. Når man prøver å stille opp generelle prinsipper for behandling av tvil står man i realiteten overfor et nokså uløselig problem, fordi de kunnskapsstrukturer som kan bli trukket inn, kan være vidt forskjellige.* Hvordan sammenligner man kjemiens oppfatninger av hva som er sikker kunnskap med filologiens? Eller psykiatriens med radarteknikkens? Fra naturvitenskapelig hold hevdes det av og til at fortolkende vitenskaper ikke er vitenskapelige i streng forstand, fordi det kleber prinsipiell usikkerhet til hele erfarings- og metodegrunnlaget. Skulle man anvende fysikkens presisjonskrav på f.eks. psykiatriske tilregnelighetsdiagnoser, ville kanskje alle måtte anses som tvilsomme.»²⁹⁶(min uth.)

Likevel påpeker han at tvilprinsippet kan løse seg avhengig av hvilket kunnskapsområde man befinner seg i: «I realiteten løser tvilsprinsippet seg opp i en rekke prinsipper – avhengig av hva slags kunnskapsområde det gjelder - hvor både tvilstema og visshetsterskel

²⁹³ Johnsen(1987) s.204

²⁹⁴ Johnsen(1987)s.204

²⁹⁵ Johnsen(1987)s.204

²⁹⁶ Johnsen(1987)s.204

må fastlegges ut fra feltets egne begreper og forståelse av hva som er relevant tvil og sikker kunnskap.»²⁹⁷ Dette målestokket kan også anvendes på vitnepsykologien, hvor man bør legge vitnepsykologiens målestokk og feilkilder ved vitneforklaringer til grunn for hvor mye tvil som kan forekomme ved det konkrete tilfellet.

Johnsen legger ikke skjult på at ord og uttrykk, samt vitneforklaringer generelt står i en særstilling, hvor det er dommerens subjektive tvilsopplevelser som legges til grunn.²⁹⁸ Tross vitnepsykologisk forskning har man fremdeles ikke noen faste objektive kriterier for å eliminere tvilen eller konstatere graden av tvilen ved f.eks. vitneforklaringer. Situasjonen blir heller ikke noe bedre når lagretten ikke begrunner deres avgjørelse av bevisvurderingen under skyldspørsmålet når saken behandles i lagmannsretten med lagrette.²⁹⁹

10.2.1 Bør det innføres et felles metode for bevisvurdering?

Det er ingen lovreguleringer som regulerer metoden til bevisvurderingen. Likevel har man noen generelle bestemmelser som kan kaste lys over rammeverket og forsvarligheten av en metode.³⁰⁰ Strandbakken³⁰¹ og Diesen³⁰² argumenterer for at bevisvurderingen skal skje etter en bestemt metode.

Argumentene som anføres for en felles metode for bevisvurdering er for det første at en slik metode vil skape en økt bevissthet rundt kritisk vurdering av bevismateriale som fremlegges for retten.³⁰³ Refleksjonsnivået vil øke over det fremlagte bevismaterialet.

²⁹⁷ Johnsen(1987)s.205

²⁹⁸ Johnsen(1987)s.205

²⁹⁹ Etter gjeldende rett må lagmannsretten begrunne skyldspørsmålet unntaksvis når det foreligger «springende punkter» i dommen, jfr. strpl. § 40(1) i lys av Rt.2009 s.1439(avsnitt35) og Rt.2010 s865(avsnitt22)

³⁰⁰ Se f.eks. strpl. §§ 360(1) 40(5) og domstolsloven § 60 og 100

³⁰¹ Strandbakken (2003) s.235-236

³⁰² Diesen (1994) s. 7

³⁰³ Strandbakken (2003) s. 236

For det andre, vil andre subjektive elementer, som har preg av usakligheter reduseres, ved at fokuset ikke rettes til den som foretar bevisvurderingen. Sannsynligheten for å få uriktige avgjørelser, vil i disse tilfellene reduseres. Metoden får derfor mer karakter av å være objektiv. Ifølge Diesen, er øverste formålet med en bestemt metode, at bevisvurderingen skal være uavhengig av hvem person som foretar bevisvurderingen.³⁰⁴

10.2.1.1 Kriterier for en felles metode for bevisvurdering

Må det oppstilles noen kriterier for at metoden skal være forsvarlig? Nedenfor nevnes noen utvalgte argumenter i korte trekk.

For det første må metoden ta hensyn til det grunnleggende materielle sannhetsprinsippet.

For det andre nevner Diesen at det er viktig å foreta et skille i metoden mellom sivile -og straffesaker.³⁰⁵

For det tredje, må hensyn til beviskravets styrke være med. Altså at det kan oppstilles ulike bevisteorier for ulike straffesaker, avhengig av hva som passer i den konkrete saken. Strandbakken nevner noen eksempler; å oppstille en særskilt metode for sedelighetssaker og en metode for vitenskapelige bevis som gir sikre slutninger.³⁰⁶

For det fjerde, nevnes det at bevisteorien må tilpasses den som anvender den.

³⁰⁴ Diesen(1994) s. 7

³⁰⁵ Diesen(1994) s. 30 – i straffesaker har retten et selvstendig plikt til å sørge for at saken er så godt opplyst så mulig, jfr. strpl. § 294.

³⁰⁶ Strandbakken (2003) s. 237

11 EMPIRISK FORSKNING OG TALL FRA DET PRAKTISKE LIV

11.1 Er det grunn til å tro at tiltalte i saker om overgrep mot barn blir dømt tross det ikke er tilstrekkelig bevis? Blir in dubio pro reo-prinsippet anvendt for strengt i praksis?

En empirisk undersøkelse foretatt av Stridbeck og Bratholm blant forsvarsadvokater³⁰⁷ viser noen overraskende funn.

92% av 117 advokater som har vært forsvarere for tiltalte som ble funnet skyldig de siste ti årene, mente at bevisene ikke var sterke nok for domfellelse.³⁰⁸ Ifølge undersøkelsen er den største svakheten ved at antatt uskyldig dømte, er at tvilsprinsippet (in dubio pro reo-prinsippet) ikke kom tiltalte til gode slik loven foreskriver. Ifølge undersøkelsen er dette «*trolig den viktigste årsak til uriktige domfellelser*».(min uth)³⁰⁹

Av 74 personer antatt uskyldige av forsvarerne, var det totalt 22 % av disse som var blitt dømt i en sedelighetsforbrytelse. Undersøkelsen viser at den største gruppen blant dem som var antatt uskyldig dømt var sedelighetssaker.³¹⁰ Sedelighetsforbrytelser representerte 30 % av sakene som falt inn under sakens art (23 %) . Det presiseres at «*I sedelighetssaker får vi vite at fordommer kan spille inn. Det gjelder spesielt om tiltalte er mørkhudet og fornærmede norsk.*»³¹¹ (min uth)

Hennum, på sin side kritiserer undersøkelsen, og mener at den ikke gir et empirisk belegg for at beviskravet i saker om overgrep mot barn er lavere enn ellers sammenlignet med

³⁰⁷ Stridbeck&Bratholm(1998) s.323-362

³⁰⁸ Stridbeck&Bratholm(1998) s.339

³⁰⁹ Stridbeck&Bratholm(1998) s.362

³¹⁰ Stridbeck&Bratholm(1998) s.331

³¹¹ Stridbeck&Bratholm(1998) s.337

andre straffesaker.³¹² Hun peker på noen feilkilder ved undersøkelsen, samt at undersøkelsen i lys av annet forskning som hun viser til fra nordisk hold viser noen lunde andre resultater enn det undersøkelsen har vist. Likevel må det presiseres at undersøkelsene hun viser til er også preget av en rekke feilkilder.³¹³

Undersøkelsen til Stridbeck og Bratholm kan ikke være et representativt utvalg av norske forsvarere, på grunn av noe lav svarprosent; 48 % som svarte undersøkelsen.³¹⁴ Likevel må det sies at materialet gir godt grunnlag for å gi et helhetsbilde av hvordan erfarne forsvarsadvokater oppfatter og erfarer rettssikkerheten i praksis. Spørreundersøkelsen ble sendt til hele 258 advokater som hadde forsvarererfaring, hvor 125 av disse svarte.³¹⁵ Empirien som ligger til grunn er godt forsvart, og feilkildene er også vurdert og blitt tatt hensyn til, både i artikkelen og i senere litteratur.³¹⁶

11.2 Gjenåpnede saker fra kommisjonen for gjenåpnings av straffesaker.

11.2.1 Alle straffesaker

Siden opprettelsen av gjenåpningskommisjon som trådte i kraft 01. januar 2004 til 31. desember 2012, så er det blitt begjært 1523 begjæringer.³¹⁷ Av disse er til sammen 182 saker gjenåpnet (15 %).³¹⁸

³¹² Hennum(1999) s.104-107

³¹³ Se f.eks slutningen om forsvarere har en særholdning til overgrepssaker, tross at det ikke kan være uvanlig å ha en slik holdning når man opplever en rekke saker som dømmes uten at det er tilstrekkelig belegg for dette. Se undersøkelsen til Hennum(1999) s.105-106

³¹⁴ Stridbeck&Bratholm(1998) s.327

³¹⁵ Stridbeck&Bratholm(1998) s.327

³¹⁶ Bratholm (2004) s.39-49

³¹⁷ Kommisjonen for gjenopptakelse av straffesaker(2012)

³¹⁸ Kommisjonen for gjenopptakelse av straffesaker(2012)

11.2.1.1 Sedelighetssaker

Siden 01.januar 2004 – 31. desember 2012, er det blitt sendt inn 263 begjæringer om gjenåpning vedrørende seksualforbrytelser.³¹⁹ Av disse saker er 23 saker gjenåpnet(13 %).³²⁰

Tallene viser at så langt, så er sedelighetssaker, den 3. største gruppen som fremmer begjæringer om gjenåpning, med hele 263 begjæringer siden 2004.³²¹ Sedelighetssaker er også den fjerde største gruppen som har fått sakene sine gjenåpnet(ca.13%).

11.2.2 Fellestrekk hos fornærmede ved de gjenåpnede saker- fornærmedes personlige problemer

Lange-Nielsen, spesifiserer videre på bakgrunn av sin granskningsarbeid, at et fellestrekk hos fornærmede i 13 av de gjenopptatte sakene, viste at fornærmede hadde klare personlige problemer, hvor en rekke av dem var under behandling for disse.³²² Han mener videre at en undersøkelse av fornærmedes bakgrunn, særlig i incest saker, er nødvendig. Vektingen til fornærmedes forklaringer bør møtes med skepsis i de saker hvor fornærmede enten har personlige problemer, eller har rusproblemer, hevder han.

12 DE LEGE FERENDA - ENDRINGSFORSLAG

12.1 Lovgiver strategier - unngå bevisproblemer i straffesaker

Dersom tvilsprinsippet får større anvendelse i det praktiske liv, vil man heretter få mindre uriktige avgjørelser.³²³ Likevel kan tvilsprinsippet være en lovgiver problem. Fordi slipper en del skyldige unna, vil allmennprevensjonen svekkes. Strid temaet er ofte knyttet til bevisproblemene i straffesaker. Ofte har lovgiver forbundet bevisproblemene i en straffesak,

³¹⁹ Kommisjonen for gjenopptakelse av straffesaker(2012)

³²⁰ Kommisjonen for gjenopptakelse av straffesaker(2012)

³²¹ Kommisjonen for gjenopptakelse av straffesaker(2012)

³²² Lange-Nielsen(2008) s.145

³²³ Johnsen(1987) s.207

med situasjonen at smarte skyldige vil undra seg straff.³²⁴ Dette kan for såvidt være en realitet i en rekke kriminelle saker. Men bevisproblemene kan også knytte seg til arten av den kriminelle handlingen, typisk sedelighetssaker, og særlig overgrepssaker mot barn. Her vil overgrepet av natur ikke etterlate seg mange biologiske bevis, spesielt hvis forholdene er langt tilbake i tid. Lovgiver må på dette området oppstille noen spesielle regler som kan ivareta hensynene bak sedelighetssaker spesielt.

I realiteten ser vi dessuten at lovgiver har gått den andre veien for å unngå at noen skyldige slipper unna. F.eks. er strl. § 195(3)³²⁵ og 196(3) om tilnærmet objektivt straffbarhetsvilkår. Her har tiltalte en aktivitetsplikt for å bevise sin uskyld med henhold til alderen til fornærmede. Denne lov teknikken er forsvart av både Strandbakken³²⁶ og Johnsen.³²⁷

Et forslag som lovgiver også har innført er å ha bevistemaet firkantet, se vegtrafikkloven § 22(2).³²⁸ Da fremskaffelse av bevis for promillekjørere er vanskelig, har man innført et forbud mot å drikke de første seks timer etter at kjøringen er avsluttet, forutsatt at føreren forstår eller må forstå at en politietterforskning kan bli iverksatt. Her er formålet ikke å forby å drikke alkohol etter at man har kjørt bil, men at siden det bevismessig er vanskelig å bevise promille kjøring, er regelen innført av retts tekniske grunner.

Fordelen med å ha firkantede regler er at man åpner lite rom for tvil, og vil med dette ramme de fleste skyldige. Ulempen med disse regler er at straffverdigheten vil ofte mangle når man rammer en god del personer.³²⁹ Det siste kan representere en trussel mot rettssikkerheten hvor man i realiteten rammer uskyldige mennesker. Dersom lovgiver bruker tilsva-

³²⁴ Johnsen(1987) s.207-208

³²⁵ Bestemmelsen tolkes i samsvar strl.§196(3) jfr. Rt.2005 s.833

³²⁶ Strandbakken (2003) s.639

³²⁷ Johnsen(1987) s.208

³²⁸ Se Johnsen (1987) s.208

³²⁹ Jfr. Johnsen(1987) s.208

rende metoder i alvorlige kriminelle handlinger, kan man komme i konflikt med uskyldpresumsjonen i EMK art. 6 nr. 2. Likevel mener Strandbakken at praksis fra Strasbourg har gitt en snever adgang til å pålegge siktede bevisbyrde i noen saker.³³⁰

Et annet forslag er å innføre forvaltningsrettslige sanksjoner som erstatning, avgifter, og nektelse av visse velferdsgoder, kan fungere som preventivt, og håndhevingen skjer raskt og effektivt.³³¹ Forslaget må dessuten vurderes opp mot nytten man får sammenlignet med å få mindre allmennprevensjon på området.

12.2 Større bevissthet til feilkilder ved vitneforklaringer

Vitnepsykologisk forskning har vist at det foreligger en rekke feilkilder ved vitneforklaringer. Dette gjelder særskilt vitneforklaringer av barn. Vitnepsykologien har per dags dato ingen holdepunkter eller målestokk for å konstatere pålitelighet eller troverdighet. Det forskningen derimot har som er særlig relevant for å avkrefte sosiale antagelser rundt vitneforklaringer, er konkrete feilkilder som er vanlig ved vitneforklaringer. Magnussen mener at slik forskning kan sikre at vitnevurderinger i retten og særlig i saker om overgrep mot barn, får mindre preg av fordommer eller sosiale antagelser som ikke er basert på nærmere vitenskapelig analyse.³³²

Større bevissthet rundt feilkilder ved vitneforklaringer kan bidra til at dommeren vurdere rimelig tvil grundigere, samtidig som det i en rekke andre avgjørelser kan være en glidende overgang mellom de sakene hvor tiltalte blir domfelt og må betale erstatning, og de sakene hvor han blir frikjent, men må betale erstatning. Her kan visshet rundt vitneforklaringer være det avgjørende ved disse saker.

³³⁰ Strandbakken(2003) s.641 – se også overfor.

³³¹ Johnsen(1987) s.208-209 og Strandbakken(2003) s.612

³³² Magnussen(2013)

12.3 Bedre skolering av jurister vedrørende bevisvurdering

En svakhet under den juridiske utdannelsen som blir påpekt i avhandlingen er lite opplæring om bevisvurdering for jurister, både under og etter fullført utdanning.

Johnsen³³³, Eskeland, Magnussen³³⁴ og Bratholm³³⁵ påpeker denne svakheten i jusstudiet, og peker på bedre skolering under og etter utdanning av jurister om bevisvurdering som tiltak for å redusere antall uriktige avgjørelser(justismord) i straffesaker generelt. Dette er et godt tiltak som kan bevisstgjøre jurister for ikke å trække feil i bevisvurderingen generelt og gjøre dem mer kritiske til bevisdataene som blir lagt frem.

12.4 Alternativ konfliktløsning – konfliktråd

I stedet for veien gjennom rettsak hvor beviskravet er høyt, kan man gå veien om konfliktråd, hvor man kan løse det gjennom sivile konfliktløsningsmodeller, som f.eks. konfliktråd i saker om seksualisert vold.³³⁶ Hennem problematiserer fordelene og ulempene ved en slik løsning.³³⁷ Jeg problematiserer det ikke mer enn å nevne at en mulighet for et slikt konfliktråd er tilstede som en alternativ løsning til rettsapparatet på grunn av bevisproblemer.

12.5 Retningslinjer ved bevisvurderingen

Ifølge Strandbakken anbefaler han at bevisvurderingen bør være et produkt av elementer fra flere bevisteorier.³³⁸ Strandbakken understreker videre at dersom bevisvurderingen er et resultat av dommerens rasjonelle vurdering av det fremlagte bevismaterialet, har avgjørelsen en legitimitet.³³⁹ Det beste grunnlaget for enhver sak, ifølge Strandbakken, er at

³³³ Johnsen(2007) s.27

³³⁴ Magnussen(2013)

³³⁵ Bratholm og Eskeland (2008) s.223-224.

³³⁶ Hennem(2004) s.72-73

³³⁷ Se Hennem(2003) s.72-73

³³⁸ Strandbakken(2003) s.244

³³⁹ Strandbakken(2003) s.244

dommerne har for øye at hver sak er unik, og at selv om flertallet av tiltalte er skyldige, så bør saken i dommerens øyne representere et unntak med at tiltalte er en uskyldig person.³⁴⁰

12.6 Bør rimelig tvil komme tiltalte til gode i større omfang i saker om overgrep mot barn?

Det strenge beviskravet i straffesaker gjelder også fullt ut i sedelighetssaker, og det er ikke rom for unntak fra dette kravet. Sedelighetssaker er som regel alvorlige forbrytelser, som har alvorlige strafferammer og en nedgradering av beviskravet på dette området, kan være en trussel mot tiltaltes rettssikkerhet.

For domfellelse trenges det ikke absolutt visshet, eller at enhver teoretisk tvil skal føre til frifinnelse. Her er det rimelig og fornuftig tvil som må komme tiltalte til gode. I lys av bevisproblemene i sedelighetssaker, har lovgiver vært presset til å innføre strengere objektive straffbarhetsvilkår av hensyn til strafferettens effektivitet og fornærmedes rettigheter.

I lys av empirisk forskning og empiriske tall er det grunn til å frykte at rimelig tvil ikke kommer tiltalte til gode i den utstrekning det følger av prinsippet i det praktiske liv. Det er en rekke domfellelser i saker om overgrep, tross det ikke er tilstrekkelig bevis for domfellelse. Her skulle prinsippet om in dubio pro reo gjelde fullt ut. Dette gjelder særskilt i saker hvor det avgjørende beviset i saken er partens vitneforklaringer.

På den andre siden har vi sett på noen utvalgte overgrepssaker fra underrettspraksis som viser tilfeller der hvor tiltalte blir frikjent på grunnlag av prinsippet om in dubio pro reo. Likevel må det understrekes at disse utvalgte dommene ikke er representative for alle overgrepssaker i underinstansen. Sakene viser at prinsippet om in dubio pro reo er godt sikret i det praktiske liv.

³⁴⁰ Strandbakken(2003) s.244

Når dette er sagt, kan man ikke utelukke at når man ser helhetsbildet samlet, i lys av gjenåpnede saker fra gjenåpningskommisjonen og annet empirisk forsknings materiale underbygge den bekymringen om at det skjer domfellelser i sedelighetssaker på ikke tilstrekkelig bevisgrunnlag.

Domstolene bør derfor vise forsiktighet med å legge avgjørende vekt på vitneutsagn når det ikke foreligger tekniske bevis i en sak. Særlig incest saker, og andre seksuelle overgrepssaker. Dette særskilt i lys av vitnepsykologisk forskning om vitneforklaringers feilkilder.

13 AVSLUTTENDE BEMERKNINGER

In dubio pro reo-prinsippet er et grunnleggende prinsipp som har rettslige forankringer i nasjonal lovgivning og EMK. EMD har slått fast at det følger av EMK art. 6 nr. 2 et strengt beviskrav i straffesaker generelt, og at enhver rimelig tvil skal komme tiltalte til gode. Prinsippet om at rimelig tvil skal komme tiltalte til gode gjelder derfor fullt ut i straffesaker, også i saker om overgrep mot barn.

En tiltalt som mener å være dømt på utilstrekkelig bevismateriale, kan klage lagmannsrettens avgjørelse inn for EMD. EMD kan prøve nasjonalstatens bevisvurdering for å se om tiltalte er blitt dømt på tilstrekkelig bevisgrunnlag, jfr. uskyldspresumsjonen i EMK art. 6 nr. 2. Her kan EMD fungere som en tredje instans for bevisvurdering av skyldspørsmålet, og dette er et forhold som sikrer at beviskravet og in dubio pro reo-prinsippet leveres opp til i straffesaker og særlig saker om overgrep mot barn. Likevel er adgangen begrenset.

Etter en gjennomgang av rettspraksis og juridisk teori må det sies at det nærmere innhold og rekkevidden av in dubio pro reo-prinsippet om at rimelig tvil skal komme tiltalte til gode i straffesaker, er uklar. Etter en studie av en rekke relevante høyesterettsdommer og underrettspraksis om sedelighetsforbrytelser, kan det konkluderes med at in dubio pro reo-prinsippet er en selvstendig og relevant frifinnelsesgrunn i mange saker. Et annet interessant funn er at Høyesterett i prøvingen av om EMK art. 6 nr. 2 er krenket, i realiteten har prøvd om det var skapt tvil over «rimelig tvil» i saken.

Spesielt gjør prinsippet seg gjeldende i de saker hvor tiltalte blir frikjent for et straffbart forhold, men likevel dømt til å betale oppreisning. I slike saker kan man konkludere med at det foreligger en glidende overgang mellom det skjerpede beviskravet i sivile saker – klar sannsynlighetsovervekt, og det strenge beviskravet for det straffbare forholdet – bevist utover enhver rimelig tvil. Grensen mellom disse beviskravene er ikke skarpt, og de to kan i praksis overlappe hverandre.

De momentene som underrettspraksis har lagt vekt på vedrørende om det er rimelig tvil generelt i sedelighetssaker er: tiltaltes høye alder, om alternative scenarier om hendelsesforløpet er praktisk mulige og tenkbare, svakheter ved dommeravhøret hvor tiden og advokatadgang under avhøret står sentralt, fornærmedes eget initiativ, og at fornærmede har hatt problematisk oppvekst. I tillegg kan fornærmedes tidligere sykehistorie være et moment når det viser seg at de psykiske problemene i forbindelse med overgrepet, likevel har en årsak tilbake til barndommen eller ved tidligere sykeforhold. Men det må sies at det er vanskelig å utlede generelle momenter basert på en gjennomgang av utvalgte saker fra underrettspraksis. Likevel er det slik at underrettspraksis tillegger sine tidligere avgjørelser en viss vekt i helhetsvurdering ved de ulike dommene, og dette kan virke som et forsøk på å kartlegge noen av momentene som kan gå igjen i anvendelsen av prinsippet om *in dubio pro reo*.

Konkrete de lege lata betraktninger kan derfor være til hjelp for å redusere antall uriktige avgjørelser. Dermed kan vitnepsykologisk forskning med feilkilder til vitneforklaringer³⁴¹, bevissthet rundt bevisvurderingen og fortellingens kraft i retten³⁴², bidra til å bevisstgjøre retten de tilfeller som skaper en slik rimelig tvil som er nok for frifinnelse. Ikke minst bør økt skolering av jurister om bevisvurdering og vitnepsykologi være et sentralt virkemiddel både under og etter den juridiske utdannelsen. Økt bevissthet rundt disse områdene kan

³⁴¹ Se pkt.9.1.3

³⁴² Se pkt.9.2

bidra til en noe mer ensartet praksis i spørsmålet om hvor den nedre og øvre grensen for rimelig tvil ved sedelighetssaker går.

Empirisk forskning viser at tiltalte i en rekke saker, er blitt dømt i saker om overgrep mot barn, til tross for at bevisene ikke har vært tilstrekkelig for domfellelse. De høye tallene fra gjenåpningskommisjonen om gjenåpnede sedelighetssaker kan peke i samme retning. Dommerens bakgrunnskunnskap og personlige overbevisning om sikkerhetsgraden for domfellelse under bevisvurderingen kan også spille en rolle om hvordan prinsippet om rimelig tvil anvendes i praksis. Samlet gir dette grunn til bekymring for om prinsippet om *in dubio pro reo* blir anvendt for strengt i saker om overgrep mot barn.

Likevel viser utvalgte dommer fra underrettspraksis at det skjer frifinnelser i relativt stort omfang på grunnlag av prinsippet om *in dubio pro reo*. Det er vanskelig å karakterisere dommene som representative for rettspraksis i Norge.

Dersom kravet om «rimelig tvil» ikke blir anvendt fullt ut i praksis ved saker om overgrep, kan antall uskyldig dømte øke betraktelig. Her setter hensynet til effektivitet en tydelig begrensning for hvor langt man kan strekke tiltaltes rettsikkerhet og EMK art. 6. Andre lovgiver strategier er å over-kriminalisere retten eller fastsette objektive straffbarhetsvilkår for skyldkravet, for å øke effektiviteten. Ellers kan andre forvaltningssanksjoner som erstatningskrav og lignende virke preventivt mot visse typer straffbare forhold der man har uunngåelige bevisproblemer og straffverdigheten ikke er veldig stor.

Det foreslås også at man benytter seg av retningslinjer under bevisvurderingen basert på bevisteoretiske modeller, slik at praksis blir ensartet. Dermed kan man sikre at rimelig tvil kommer den tiltalte til gode i større grad.

14 LITTERATURLISTE

Bøker

- Andenæs, Johs – samlet utgave ved Tor-Geir Myhrer *Norsk straffeprosess* 4.utgave, 3 opplag, Oslo 2012.
- Bolding, Per Olof: *Går det att bevisa? Perspektiv på domstolsprocessen*. Stockholm, 1989.
- Bratholm, Anders: *Strafferett og samfunn. Alminnelig del*. Oslo, 1980.
- Hov, Jo. *Innføring i prosess 1*. Oslo, 2010.
- Hov, Jo. *Innføring i prosess 2*. Oslo, 2010.
- Aall, Jørgen: *Rettsstat og menneskerettigheter* (2. utgave). Bergen, 2007
- Bratholm, Anders. *Juss og humanisme – om samfunn, straff og de svakes rettigheter*. Redigert av Lorentz Stavrum. Oslo, 2004.
- Bratholm, Anders og Ståle Eskeland (red.): *Justismord og rettssikkerhet*. Oslo, 2008
- Diesen, Christian: *Bevisprövning i brottmål*. Stockholm, 1994-
- Eskeland, Ståle. *Alminnelig strafferett*. Oslo, 2005.
- Eskeland, Ståle og Per Brandtzæg (red.): *Rettsmedisinsk sakkyndighet i fortid, nåtid og fremtid: Mot et paradigmeskifte ved vurdering av rettsmedisinsk sakkyndighet i straffesaker*, Oslo 2007
- John T. Johnsen *Feilkilder ved ekspertbevis. Hvordan kan de påvirke utfallet av straffesaker?*. I: Eskeland, Ståle og Per Brandtzæg (red.): *Rettsmedisinsk sakkyndighet i fortid, nåtid og fremtid: Mot et paradigmeskifte ved vurdering av rettsmedisinsk sakkyndighet i straffesaker*, Oslo 2007, s.16-27
- Kolflaath, Eivind. *Bevisbedømmelse i praksis*. Bergen, 2013.
- Kjus, Audun. *Sakens fakta. Fortellingsstrategier i straffesaker*. Oslo, 2008.
- Bratholm, Anders og Ståle Eskeland *Rettssikkerhet og justismord*. I: Bratholm, Anders og Ståle Eskeland (red.): *Justismord og rettssikkerhet*. Oslo, 2008 s. 216 225.
- Lange-Nielsen, Trygve *Saker om seksuelt misbruk av mindreårige og Rettspraksis om seksuelt misbruk av mindreårige* I: Bratholm, Anders og Ståle Eskeland (red.):

Justismord og rettssikkerhet. Oslo, 2008 s. 95 – 148(kap. 7) og s. 226 – 275 (kap 12).

- Lie, Nils Erik. *Parts-og vitneavhør*. Oslo, 2002
- Lie, Nils Erik. *Parts- og vitneavhør – i straffesaker og sivile saker*. 2. utgave, Oslo 2012.
- Mæland, Henry John: *Innføring i alminnelig strafferett*. 2 utgave. Bergen, 1999
- *Jusleksikon*. Gisle, Jon ... [et al.]. 3 utg. Oslo, 2007.
- Dullum Jane. *Justisfeil i straffesaker - En analyse av saker behandlet av kommisjonen for gjenopptakelse av straffesaker (gjenopptakelseskommisjonen) i perioden 2004 – 2009*, Oslo 2010.
- Slettan, Svein og Toril M. Øie *Forbrytelse og straff. Lærebok i strafferett*. Oslo, 1997
- Zahle, Henrik. *Praktisk rettsfilosofi*. København, 2005.
- Zahle, Henrik. *Bevisret Oversigt*. København, 1994.
- Nielsen, Beth Grothe . *Så græd jeg lidt for mig selv. Hvad børn kan fortell om overgrep – en udfordring for systemene*. Aarhus, 1995.

Monografier

- Magnussen, Svein: *Vitnepsykologi – pålitelighet og troverdighet i dagligliv og rettssal*. 3 opplag, Oslo 2010.

Doktoravhandlinger

- Hennum, Ragnhild. *Bevis i saker om seksuelle overgrep mot barn*. Oslo, vår 1999.
- 'Strandbakken, Asbjørn. *Uskyldspresumsjonen – "In dubio pro reo"*. Bergen 2003
- Strandberg, Magne. *Beviskrav i sivile saker – en bevisteoretisk studie av den norske beviskravslærens forutsetninger*, Bergen 2012.
- Rachlew, Asbjørn. *Justisfeil ved politiets etterforskning- noen eksempler og forskningsbaserte mottiltak..* Oslo, 2009.
- Nygard, Lars-Jonas. *Juryen for fall. Demokrati og rettssikkerhet*. Oslo 2010.
- Torgersen, Runar. *Ulovlig beviserverv og bevisforbud i straffesaker*. Oslo 2009.
- Smith, Eva. *Vidne-beviset – en vurdering af afhøringsmetoder og vidneforklaringer*. København, 1986.

- Robbestad. Anne. *Mellom tvekamp og inkvisisjon*. Oslo, 1999.

Lover

- lov om rettergangsmåten i straffesaker, datert 22.05.1981
- Almindelig borgerlig Straffelov (Straffeloven) lov-1902-05-22-10
- lov om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven) – datert 17.06 2005
- Lov om domstolene (domstolsloven) av lov-1915-08-13-5
- Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven) datert 21.05.1999 nr 30
- Lov om vegtrafikk (vegtrafikkloven) av 18. juni 1965

Forarbeider

NOU

- NOU 2011:13 – Juryutvalget: Når sant skal skrives
- NOU 2007:7 (Moen saken)
- NOU 1996:15 (Liland saken)
- NOU 1997:23 om seksuallovbrudd
- NOU 1990:5 Strafferettslige utilregnelighetsregler

Proposisjoner

- Ot.prp.nr.78 (1992-1993) – Om lov om endringer i straffeprosessloven mv. (to-instansbehandling, anke og juryordning)
- Ot.prp. nr. 87 (1993-1994) Om lov om endringer i straffeloven m v (strafferettslige utilregnelighetsregler og særreaksjoner)
- Ot.prp.nr.74 (2004)-2006)
- Ot.prp. nr. 70 (2000-2001) Om lov om endringer i straffeprosessloven mv. (gjenopptakelse)
- Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) Om lov om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven)
- Ot.prp. nr. 54 (2005-2006) Om lov om endringer i straffeprosesslova m.m. (saksbehandling i Kommisjonen for gjenopptaking av straffesaker m.m.)

- Ot.prp.nr.28(1999-2000) - Om lov om endringer i straffeloven mv. (seksuallovbrudd)

Innstillinger:

- Innst.O.nr.92(1999-2000)
- Innst.O.nr.114(2000-2001)

Dommer

Høyesterett

- Rt.1984 s.91
- Rt.1963 s.449
- Rt.2008 s.1409
- Rt.2005s.833
- Rt.2009 s.750
- Rt.2000 s.996
- Rt. 2002 s.557
- Rt.2003 s.359
- Rt.2005 s.1353
- Rt.2007s.1217
- Rt.2007 s.1601
- Rt-1998-570-S
- Rt.1977 s.399
- Rt.2003 s.1671
- Rt.2008 s.1292
- Rt.2009 s.1456
- Rt.1993 s.513
- Rt.2012 s. 1556
- Rt. 2011 s.910
- Rt.1986 s.794

- Rt. 1990 s. 794
- Rt. 1938 s. 56
- Rt. 1912 s. 624
- Rt. 1990 s.253
- Rt. 1985 s. 243
- Rt. 1970 s.110
- Rt. 1985 s.202
- Rt.1978 s. 882
- Rt. 1983 s. 1474
- Rt. 1999 s.961
- Rt. 2013 s.296
- HR-2013-576-A
- Rt. 2011. s.743.
- Rt. 2009 s.1439
- Rt. 2010 s.865
- Rt. 2010 s.1170
- Rt. 1998 s.1945
- Rt. 1983 s. 1474
- Rt. 1978 s.882
- Rt. 1985 s. 202
- Rt.1993 s-513
- Rt. 1977 s. 399
- Rt. 1963 s.449
- Rt. 1985 s. 211
- Rt. 1987 s. 657
- Rt.1990 s. 688
- Rt 1990 s. 1082
- Rt.1995 s 1641
- Rt. 1996 s.864

Lagmannsrett

- LB-2012-53450
- RG.2012 s.1153
- LE-2009-180471
- LA-2011-24690
- RG.2001s.955
- LF-2002 s.8886
- LA-2008-161358
- LB-2007-25208
- LA-2006-7912
- LB-2008-117989

Tingrett

- TOSLO-2011-176631 (11-17663MED-OTIR/07)
- TSGUD-2012-57506-5 (12-057506MED-SGUD).

EMD dommer

- Salabiaku v. France, dom, application no. 10519/83, datert 07.oktober 1988.
- Telfner v.Austria (Application no. 33501/96), dartert 20. Mars 2001
- Vastberga Taxi Aktiebolag and Vulic v. Sweden, dom, application no. 36985/97, datert 23. Juli 2002
- Barbera, Messegue og Jabardo mot Spania (EMD – A 146 (1989) , datert 06.12.1988
- Geerings mot Nederland (EMD-2007-30810)
- Pfuners v Østerrike (kommisjonsrapport 1963, 6UB 782)
- Y mot Norway (EMD-2000-56568)
- Ringvold v. Norway (EMD-1997-34964)
- Orr v.Norway, EMD, datert 15 mai. 2008

Konvensjoner

- Europarådets konvensjon 4. november 1950 om beskyttelse av menneskerettighetene og de grunnleggende friheter
- De forente nasjoners internasjonale konvensjon 16. desember 1966 om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter,
- De forente nasjoners internasjonale konvensjon 16. desember 1966 om sivile og politiske rettigheter med følgende tilleggsprotokoller:
- Wienkonvensjonen av 1969

Artikler

Tidsskriftartikler

- Bergsholm, Einar. *Noen refleksjoner omkring nyere teori om rettens bevisvurdering med utgangspunkt i noen tingsrettslige saker*. I: Kart og Plan. 2010 s. 218-233 – (KOP-2010-218)
- Gamst, Kari Trøften. *Dommeravhør av barn – bedømmelse av barns vitneforklaring*. I: Lov og Rett. Årg. 10 (2005), s. 621-633
- Graver, Hans Petter. *Bevisbedømmelse – uvitenskapelig magesfølelse eller rasjonell helhetsvurdering?* I: tidsskrift for Rettsvitenskap. Årg. (2009) s.191-233
- Høgberg, Alf Petter. *I hvilken grad kommer rettsanvendelsestil tiltalte til gode?* I: Jussens venner. Årg. (2007) s.20-36
- Johnsen, T. Jon. *Prinsippet om at tvil skal komme tiltalte til gode i straffesaker*. I: Jussens venner. Årg. (1987), s. 193-210.
- Kolflaath, Eivind. *Bevisbedømmelse som slutning til beste forklaring*. I: Tidsskrift for Rettsvitenskap. Årg. 02 (2007) s, 177-219
- Kolflaath, Eivind. *Bevist utover enhver rimelig tvil*. I: Tidsskrift for Rettsvitenskap. Årg. (2011) s.135-196.
- Kolflaath, Eivind. *Bokanmeldelse: Audun Kjus. Sakens fakta. Fortellingsstrategier i straffesaker Unipub, Oslo 2008. 243 sider*. I: Lov og Rett. Årg. (2009) s. 508-511

- Stridbeck, Ulf og Anders Bratholm. *Rettsikkerheten i praksis – en empirisk undersøkelse*. Lov og Rett. (1998) s. 323-363
- Strandbakken, Asbjørn og Peter Garde. *Juryen: Avskaffe, reformere eller begrense bruken av den?* I: Lov og Rett. Årg. (2001) s 3-33.
- Strandbakken, Asbjørn. *Juryen for fall? Noen refleksjoner etter Taxquet vs. Belgia*. I: Kritisk juss. Årg.(2009) s.101-109
- Nygard, Lars-Jonas. *Skyldavgjørelse med eller uten begrunnelse*. I: Lov og Rett. Årg. (2009) s. 425-432
- Strandberg, Magne. *Oversikt over empirisk forskning om lekdommere*. I: NOU 2011:13 – juryutvalget: Når sant skal skrives – (NOU -2011-13-1). Årg. 2011. s. 233-266.
- Magnussen, Svein og Ulf Stridbeck. *Rettsikkerheten i Norge: Det må satses på vitnepsykologisk forskning*. I: Tidsskrift for strafferett. Årg. 3 (2007)s. 258-261
- Magnussen, Svein; Melinder, Annika Maria D; Raja, Abid Q; Stridbeck, Ulf. *Faktorer som påvirker påliteligheten av øyevitner: Hva vet dommere og jurymedlemmer?*. I: Lov og rett. Årg.8 (2008) s. 472-482.

Annet

Nyhetsartikler:

- Kringstad, Hans. *Terapi gjorde incestofre verre*. Oslo, 2009. <http://www.vg.no/helse/artikkel.php?artid=578115> [sitert 06.03.13]
- Rolf J. Widerøe og Tor-Erling Thømt Ruud. *Frifinnes for voldtekt etter tre år i fengsel*. Oslo 2013. <http://www.vg.no/nyheter/innenriks/artikkel.php?artid=10114438> [sitert 04.03.13]
- Marie Melgård og Inge D. Hanssen. *Ble dømt for voldtekt av datteren - som senere erkjente å ha løyet*. Oslo, 2012. <http://www.aftenposten.no/nyheter/Ble-domt-for-voldtekt-av-datteren---som-senere-erkjente-a-ha-loyet-7069531.html> [sitert 04.03.13]
- Bjørn Lecomte. *Incest-dømte får sakene gjenopptatt*. Oslo 2007. <http://www.vg.no/nyheter/innenriks/artikkel.php?artid=141380> [sitert 04.03.13]

- Jarle Grivi Brenna , Bjørnar Tommelstad , Tor-Erling Thømt Ruud , Gordon Andersen og Kari Tone Flågen. *Forsvarerne: Derfor skal Øygard frifinnes*. Sør-Gudbrandsdal. 2012.
<http://www.vg.no/nyheter/innenriks/ordforersaken/artikkel.php?artid=10062955> [sitert 25.03.13]
- Jarle Grivi Brenna, Bjørnar Tommelstad, Tor-Erling Thømt Ruud, Gordon Andersen og Kari Tone Flågen. *Forsvarerne: Derfor skal Øygard frifinnes*. Sør-Gudbrandsdal, 2012.
<http://www.vg.no/nyheter/innenriks/ordforersaken/artikkel.php?artid=10062955> [sitert 27.03.13]
- Olsson, Svein Vestrum. *I snitt anmeldes sexovergrep mot fem barn hver dag*. Oslo, 2013. <http://www.nrk.no/nyheter/norge/1.10863248> [sitert 08.04.13]

Nettdokumenter

- Thorheim, Karl Otto. Kommentar til lov om rettergangsmåten i straffesaker (straffeprosessloven). I: Norsk lovkommentar nettversjon. [sitert 28.03.13]
- Kommisjonen for gjenopptakelse av straffesaker. *Årsrapport 2012*. Oslo, 2012.
http://www.gjenopptakelse.no/fileadmin/download/aarsrapport_2012.pdf [sitert 26.03.13]
- Kommisjonen for gjenopptakelse av straffesaker. *Årsrapport 2011*. Oslo, 2011.
http://www.gjenopptakelse.no/fileadmin/download/aarsrapport_2011.pdf [sitert 06.03.13]
- Matningsdal, Magnus. Kommentar til alminnelig borgerlig straffelov (straffeloven). I: Norsk lovkommentar nettversjon. [sitert 10.04.13]
- Bevis - Språkrådet elektronisk Ordboktjeneste (2013) <http://www.nob-ordbok.uio.no/perl/ordbok.cgi?OPP=bevis&ordbok=begge> ved søk av begrepet "bevis" – alternativ 2 - [sitert 10.02.13]
- Bevis – Jus. I Store norske leksikon (SNL) – Oslo 2013. hentet fra <http://snl.no/bevis/jus>

- Diverse forskere. *Forskergruppe for rettsteori*. Universitet i Bergen, 2013.
<http://www.uib.no/fg/rt#> [sitert 22.03.13]

-

Masteravhandlinger:

- Bakketeig, Elisiv – *Bevisproblemer i incestsaker – en rettspolitisk drøftelse*, Oslo, våren 1992 (Spesialfagsavhandling – ved institutt for kriminologi og rettssosiologi
- Kandidatnummer: 612 Uskyldspresumsjonen som beviskrav i norsk straffeprosess. Universitetet i Oslo, vår 2011.

Rapporter:

- Hennum, Ragnhild. *Seksuelle overgrep mot barn – omfang og rettsapparatets behandling*. Oslo, Redd bana – save the children norway, 2004. Rapportnummer 05-0 4

Personlig meddelelse:

Professor Magnussen, Svein. Personlig møte og epost datert 02.april 2013.

Professor Magnussen, Svein. Innsendt vitenskapelig artikkel til Applied Cognitive Psychology.. Epost datert 02. april 2013.

Strandbakken, Asbjørn. Telefonsamtale datert 11.04.13

Eskeland, Ståle. Telefonsamtale datert 11.04.13

Kolflaath, Eivind. Telefonsamtale datert 11.04.13

Stigen, Jo Martin. Epost. Datert 03.04.13

Stigen, Jo Martin. Epost. Datert 15.04.13